Die Loyalitätspflicht im Antiquitätengeschäft

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Paul Hoffmann
Referendar aus Bochum

Approbiert am 28. Juni 1937

Düren-Rhld.

Spezial-Dissertations-Buchdruckerei Düren, Nideggenerstraße 161—163
1937

1938/5

Dekan: Univ.-Professor Dr. jur. August Köhler.

Referent: Univ.-Professor Dr. jur. Eugen Locher.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

MEINEN ELTERN!

Schrifttum.

Lehrbücher, Kommentare und Aufsätze.

Achilles-Greiff: Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., 1930.
Backhausen: Der Tatbestand des arglistigen Verschweigens in den §§ 459/493 im Verhältnis zur argl. Täuschung des § 123. Diss. Bonn, 1903.
Beer: Arglistiges Verschweigen, DJZ. 1904, S. 88 ff.
Behrend: Überteuerung und Wucher, JurRdsch. 1931. S. 76 f.
Blume, W. v.: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache und seine Verjährung. JheringsJ. 55, S. 209 ff.
—: Das Verhältnis des Anfechtungsrechts zum Wandlungsrecht beim Kauf- und Mietvertrag, Recht, 1907, S. 351 ff.
Brodmann: in Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. IV, 2, S. 73 und 85.
Cohn: Zur Auslegung der §§ 463, 459, 249, 826 BGB. JW. 1913, S. 1010 ff.
Crome: System des Deutschen Bürgerlichen Rechts. Bd. I, 1900 und Bd. II, 1902.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1927.
Danz: Verhältnis des Irrtums zur Auslegung nach dem BGB. JheringsJ. 46, S. 381 ff.
Dernburg: Das Bürgerliche Recht, Bd. I, 3. Aufl., 1906. und Bd. II, 1, 4. Aufl., 1909, II, 2 1910.
Donath: Technik des Kunstsammelns 1925.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. IV und V, 3.Aufl., 1932.
Eccius: Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache, Gruch. 43, S. 305 ff.
Eck: Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. I, 1903.
Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I, 8. Aufl., 1903.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 12. Bearb. 1928 und 13. Bearb. v. Nipperdey 1931; Bd. II, bearb. v. Lehmann, 12. Bearb. 1932.
Fischer-Henle-Titze: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., 1932.
Fuchs: Zusammentreffen der Haftung aus unerlaubter Handlung mit der Haftung aus Betrug; Recht, 1917, S. 151, 213 ff.
Geppert: Zur Lehre von der Arglist des Verkäufers beim Vertragsschluß. JheringsJ. 64, S. 437 ff.
Gierke, O. v.: Deutsches Privatrecht, Bd. III, 1917.
Gmelin: Zur Rechtsprechung über die wesentlichen Eigenschaften i. S. des § 119 BGB. Recht 1907, S. 748 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Bd. I, 2. Aufl., 1903.
Graf: Aufklärungspflicht beim Vertragsschluß, Diss. Jena 1916.
Hachenburg: i. DJZ. 1929, S. 82.
Hagen: Arglistige Täuschung und Schadensersatz, JW. 1911, S. 348 ff.
Haymann: Anfechtung, Sachmängelgewähr und Vertragserfüllung beim Kauf, 1913.
—: Zur Frage der rechtlichen Natur und prozessualen Behandlung des Wandlungsanspruchs, Gruch. 46, S. 509 ff.
—: Fehler und Zusicherung beim Kauf, i. „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben", Festg. f. d. RG. Bd. III, S. 317 ff., 1929.
—: Anmerkung zur Entscheidung RG 135/339 in JW. 1932, S. 1862 ff.
Heck: Grundriß des Schuldrechts, 1929.
Hedemann: Schuldrecht des bürgerlichen Rechts, 2. Aufl., 1931.
Hedler: Die zivilrechtlichen Wirkungen wucherischer Geschäfte. Diss. Halle 1913.
Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 1926 u. Bd. II, 1934.

Hoeniger: Kritische Besprechung reichsgerichtlicher Entscheidungen, ArchBürgR. 35, S. 250 ff.
Jakoby: Das Wuchergeschäft, JheringsJ. 60, S. 229 ff.
Jeß: Über den Analogieschluß u. die §§ 463, 476 BGB. Recht 1914, S. 81 ff.
Kipp: Die guten Sitten im Kriege, DJZ. 1916, S. 466 ff.
Klein: Anzeigepflicht im Schuldrecht, 1908.
Koenige: Handausgabe des HGB. Bd. I, 4. Aufl., 1936.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I u. II 1906.
—: Der Irrtum im Gemäldehandel, JheringsJ. 28, S. 256 ff.
Krauße: Ersatz des negativen Schadens bei arglistiger Täuschung. JW. 1929, S. 557 ff.
Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, 1934.
Krückmann: Die Gewährleistungspflicht, LZ. 1915, S. 1351 ff.
—: Die Echtheit von Kunstwerken: Gewährschaft, Anfechtung und Kondiktion. LZ. 1929, S. 986 ff.
—: Unmöglichkeit u. Unmöglichkeitsprozeß, ArchZivPr. 101, S. 197 ff.
—: Alternative zwischen Gewährschaft und Anfechtung, ArchZivPr. 101, S. 393 ff.
—: Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, ArchZivPr. 131, S. 1 ff.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht, 1934.
Lehmann: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., 1933.
Lenel: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, JheringsJ. 44/S. 1 ff.
—: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften, ArchZivPr. 123, S. 161 ff.
Lent: Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und Zivilprozeß, Bd. I, 1912.
Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. Bd. I, 1929, und Bd. II, 1931.
—: Verschulden beim Vertragsschluß, 1910.
Liebmann: Eigenschaftsirrtum und Sachmängelhaftung beim Kauf. Diss. Marburg, 1912.
Locher: Geschäftsgrundlage und Geschäftszweck. ArchZivPr. 121, S. 1 ff.
Löwenwarter: Lehrkommentar zum BGB. Bd. I, 1926.
Matthießen: Zur analogen Anwendung des § 463, JW. 1913. S. 516 ff.
Modestus-Lipsiensis: Schadensersatz wegen argl. Täuschung des Käufers durch den Verkäufer. Recht 1908, S. 500, 739 ff.
Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs f. d. Deutsche Reich, Bd. I und II, 1888.
Müller-Erzbach: Lassen sich das Recht und das Rechtsleben tiefer und sicherer erfassen? 1934.
Müller-Meikel: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches, 1904.
Müller: Begründet ein Verschulden des Verkäufers beim Verkauf oder bei Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann dieser Schadensersatz neben Wandlung noch gefordert werden? Recht, 1902, S. 576 ff.
Mueller: Die Verjährung des Schadensersatzanspruchs des Käufers wegen schuldhaft mangelhafter Lieferung. DJZ. 1906, S. 703 ff.
Neubecker: Die zivilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht. DJZ. 1902, S. 508 ff.
Oelhafen: Rechtsfragen im Kunsthandel. Diss. Erlangen, 1932.
Oertmann: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 3. Aufl., 1927; Bd. II, 2; 5. Aufl., 1929.
—: Die Geschäftsgrundlage 1921.
—: Der beiderseitige Irrtum, ArchZivPr. 117, S. 275 ff.
Planck: Komm. z. Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I, 4. Aufl., 1913 und Bd. II, 2 1928.
Plum: Keine Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß bei Sachmängeln? JW. 1935 S. 1328 ff.
Pörtner: Rechte d. Käufers bei Lieferung einer anderen Sache. 1919.
Reichsgerichtsräte-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I und II, 8. Aufl., 1934.
Riehl: Arglistige Vorspiegelungen bei Gelegenheit des Kaufsabschlusses und positives Vertragsinteresse. Recht, 1914, S. 469 ff.

Riezler: Venire contra factum proprium, 1912.
—: Anmerkung zur Entsch. RG. 114/239 JW. 1926, S. 2531.
—: s. bei Staudinger.
Ritter: Komm. zum Handelsgesetzbuch, 1932.
Roquette: Wucher im Zivilrecht, insbesondere Mietwucher. 1929.
Roth: Irrtum und Gewährleistung, LZ. 1919, S. 617 ff.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts, Bd. III, 1840.
Schefold: Zur Lehre vom Irrtum über Eigenschaften der Sache. ArchZivPr. 109, S. 256 ff.
Schiedges: Zum arglistigen Verschweigen des Verkäufers. Diss. Bonn,1902.
Schloßmann: Der Irrtum über wesentliche Eigenschaften der Person und der Sache nach dem BGB. i. Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, herausg. v. O. Fischer, Bd. IX, 3, 1903.
Schmidt, R.: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1927.
—: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerl. Recht, 1915.
Schneider: Über die Haftung des Verkäufers bei arglistiger Täuschung über Sachmängel, ArchBürgR. 39, S. 1 ff.
—: Das Verhältnis zwischen Anfechtung eines Kaufes wegen Irrtums über Sachmängel und zwischen Wandlung, ArchZivPr. 97, S. 142 ff.
Schollmeyer: Erfüllungspflicht und Gewährleistung beim Kauf. JheringsJ. 49/93 ff.
Schroeder: Zur Gewährleistung wegen Sachmängel beim Kauf. 1903.
Schwaiger: Anfechtung und Gewährleistung. SeuffBl. 74 S. 331 ff.
Siber: Schuldrecht, 1931.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. I, 5. Aufl., 1931.
Staub: Komm. zum Handelsgesetzb. Bd. III und IV, 14. Aufl., 1933.
Starck: Ist die Anfechtung nach § 123 ausgeschlossen, wenn wegen arglistigen Verschweigens eines Sachmangels die Wandlungsklage nach §§ 459, 480 möglich und gegeben ist? LZ. 1918, S. 247 ff.
Staudinger, Komm. zum BGB., Bd. I, bearb. v. Riezler, 10. Aufl., 1936.
—: Bd. II, 2, bearb. von Kober und Nipperdey, 9. Aufl., 1928.
Stoll: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. LZ. 1923, S. 532 ff.
Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel, 1931.
Titze: Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1932.
Tuhr, A. v.: Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 1, 1914. Bd. II, 2, 1918.
Walter: Die Behandlung der Arglist beim Kauf. Diss. Breslau 1929.
Warneyer: Komm. zum BGB., Bd. I, 2. Aufl., 1930.
—: Rechtsgrundsätze des RG. 1936.
Werner: Anmerkung zur Entsch. RG. 115/286 JW. 1927, S. 668.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II, 9. Aufl.,1906.
Wolff: Sachmängel beim Kauf, JheringsJ. 56, S. 1 ff.
Zitelmann: Irrtum und Rechtsgeschäft. 1879.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften.

Archiv für Bürgerliches Recht.
Archiv für die ziv. Praxis.
Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Deutsche Juristenzeitung.
Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausg. v. Warneyer.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruchots Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Hanseatische Rechtszeitschrift.
Höchstrichterliche Rechtsprechung.
Jherings Jahrbücher für Dogmatik des bürgerl. Rechts.

Jahrbuch des Deutschen Rechts.
Juristische Rundschau.
Juristische Wochenschrift.
Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte in Zivilsachen.
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zentralblatt für freiwillige Gerichtsbarkeit und Notariate sowie Zwangsversteigerung.

Inhalts-Übersicht.

Einleitung 1

1. Abschnitt: Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers einer Antiquität für Sachmängel i.S. der §§ 459 ff. BGB. 2

§ 1: Die Fehlerhaftigkeit nach § 459 Abs. 1 2

§ 2: Die Bedeutung der Fehlerhaftigkeit alter Kunstgegenstände . . 6

§ 3: Die Zusicherung einer Eigenschaft 13

§ 4: Das arglistige Verschweigen eines Fehlers und das arglistige Vorspiegeln einer Eigenschaft 22

§ 5: Die Frage der Haftung des Verkäufers für fahrlässiges Verschweigen oder fahrlässig falsche Angaben 27

2. Abschnitt: Die rechtliche Bedeutung eines Irrtums beim Kauf von Antiquitäten 33

§ 1: Der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft gemäß § 119 Abs.2 33

§ 2: Irrtumsmöglichkeiten bei Geschäften mit antiken Gegenständen . 36

§ 3: Die Konkurrenz zwischen Irrtum und Gewährleistung 40

3. Abschnitt: Die arglistige Täuschung im Antiquitätengeschäft nach § 123 BGB. 45

§ 1: Die Täuschung durch Vorspiegeln falscher Tatsachen 45

§ 2: Das Verschweigen wahrer Tatsachen als Täuschung 49

§ 3: Das Verhältnis zwischen dem § 123 und anderen Rechtsbehelfen . 51

4. Abschnitt: Dem § 138 widersprechendes Verhalten des Antiquitätenhändlers 55

Schluß-Betrachtung 60

Einleitung.

Betrachtet man die Auslagen von Antiquitätengeschäften, welche sich in München, Berlin, Köln, Frankfurt a.M. und Nürnberg befinden — in diesen Städten ist nämlich der Kunst- und Antiquitätenhandel vorwiegend heimisch —, so kann eine große Mannigfaltigkeit von Dingen erblickt werden. Da sind z.B. alte Möbel, Gemälde, Skulpturen, Waffen, Kupferstiche, Münzen, Teppiche, Glaswaren, ferner antike Schmuckgegenstände, fremdartige Porzellanfabrikate und alle möglichen Erzeugnisse vergangener Zeitepochen ausgestellt, was jedoch nicht ausschließt, daß vereinzelt auch neuere Gegenstände bemerkt werden können.

Unwillkürlich tauchen in einem sich näher dafür interessierenden Menschen dann auch Zweifel über die Herkunft und das Alter aller dieser Dinge auf. Noch dazu, wenn, wie es manchmal geschieht, der Geschäftsinhaber ausdrücklich durch Anschlag beispielsweise eine zum Verkauf ausgestellte Figur als ein „echtes chinesisches Erzeugnis des 15. Jahrhunderts" bezeichnet. Daß nun die Herkunft und damit die Echtheit, folglich auch der Wert, solcher alter Gegenstände häufig alles andere als sicher sein kann, ist ohne Schwierigkeit zu erkennen. Denn oftmals liegt deren Ursprung ja Jahrhunderte zurück. Hinzu kommt, daß in vielen Fällen äußerlich eine in neuerer Zeit geschickt angefertigte Nachahmung sich so gut wie gar nicht vom Original unterscheidet. Und dies ist es gerade, was den Verkäufer im Antiquitätengeschäft verleiten könnte, einen ahnungslosen Käufer „übers Ohr zu hauen".

In dieser Abhandlung soll untersucht werden, inwieweit das Gesetz bei Geschäften mit Antiquitäten von den Beteiligten ein loyales Verhalten fordert. Hat der Verkäufer z.B. dafür einzustehen, daß die verkaufte Sache dem Willen des Käufers entsprechend eine originale Schöpfung und nicht eine wertlose Nachahmung darstellt? Hier beginnt das Problem der Loyalitätspflicht im Antiquitätengeschäft. Denn das Gesetz gewährt nur dann einen Rechtsbehelf, wenn irgendwie eine Gesetzwidrigkeit vorliegt. Somit kann man bei Vergegenwärtigung der im Bürgerlichen Gesetzbuch für Geschäfte des täglichen Verkehrs enthaltenen einschlägigen Rechtsbehelfe, wenn man dabei speziell Geschäfte mit alten Kunstgegenständen betrachtet, erkennen, was das Gesetz von den an solchen Geschäften Beteiligten verlangt.

Da der Kauf das wichtigste Verkehrsgeschäft des täglichen Lebens ist, soll am Anfang dieser Abhandlung die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Kauf untersucht werden. Daran anschließend folgt dann eine Betrachtung aller anderen Möglichkeiten, die bei Antiquitätengeschäften rechtlich von Bedeutung sein können.

1. Abschnitt: Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers einer Antiquität für Sachmängel im Sinne der §§ 459 ff. BGB.

§ 1. Die Fehlerhaftigkeit nach § 459 Abs. 1.

Damit die Vorschriften über die Gewährleistung anwendbar sind, ist ein gültiger Kaufvertrag über eine mit Mängeln behaftete Sache notwendig[1]). Kenntnis der Mängel oder Verschulden auf Seiten des Verkäufers ist nicht erforderlich.

Die vier Schutzmittel, welche das Gesetz für den Käufer vorgesehen hat, sind: Wandlung, d. h. Rückgängigmachung des Kaufs, § 462, § 465, Minderung, d.h. Herabsetzung des Kaufpreises, §§ 462, 465, Schadensersatz wegen Nichterfüllung unter den Voraussetzungen des § 463 und schließlich noch beim Gattungskauf der Anspruch auf Lieferung einer mangelfreien Sache (§ 480 BGB.). Letztgenannter Paragraph kommt aber für diese Betrachtung nicht in Frage. Derjenige, der in ein Antiquitätengeschäft geht und einen alten Kunstgegenstand aus einer bestimmten Zeitepoche kauft, kann sich nicht auf § 480, Abs. 1 berufen, wenn der Gegenstand eine wertlose Nachbildung ist. Handelt es sich doch um keine nach Gattungsmerkmalen bestimmte Sache. Auch ist der Versuch, die Rechtswirkung der Gewährleistung allgemein aus einer Verpflichtung des Verkäufers zur Leistung der Sache im mangelfreien Zustand zu erklären, verfehlt. Übernimmt doch der Speziesverkäufer keine Verpflichtung, die Sache anders zu machen, wie sie ist, sondern er will nur die Sache in der derzeitigen Beschaffenheit leisten[2]).

Ferner muß bei Geschäften mit Antiquitäten beachtet werden, daß allgemein im Kunsthandel ein auch für den Nichtkaufmann verbindlicher Handelsbrauch Geltung hat, der die Minderung ausschließt[3]). Werner[4]) lehnt allerdings einen solchen Ausschluß, m.E. zu Unrecht, ab. Kann man doch dafür anführen, daß bei alten Kunstgegenständen die Feststellung des Minderwertes äußerst schwierig ist. Somit kann bei Kaufverträgen über Antiquitäten nur Wandlung oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Frage kommen, welche Rechtsbehelfe dem jeweiligen Käufer wahlweise zur Verfügung stehen.

Nach § 459 Abs. 1 darf die Kaufsache zur Zeit des Gefahrübergangs nicht mit einem Fehler behaftet sein, der den Wert oder die Tauglichkeit derselben zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt. Daraus darf nun nicht geschlossen werden, daß die Pflicht zur Gewährleistung nach § 459 Abs. 1, also der Wandlungsanspruch, immer erst nach der Übergabe der Kaufsache ge-

---

[1]) RG. 49/422; 71/432.

[2]) Titze, § 41, 3 c S. 114; Henle II, S. 601; Heck, § 87, 1a.

[3]) Soergel, § 462, 2 S. 799; HansGZ. Beibl. 26, 63; HansRZ. 26, 276; Staudinger, § 459, III, 4 S. 135; RG. LZ. 1927, S. 527.

[4]) Werner, JW. 1927, S. 764.

geben wäre[5]). Die Gewährleistungspflicht gründet sich auf den Kauf selbst; wenn es sich um nicht heilbare Mängel handelt, was bei Altertümern, bei denen es ja vornehmlich auf die Echtheit ankommt, die Regel ist, besteht diese auch vor der Übergabe der Sache (Gefahrübergang), weil ein Aufschub hier zweckwidrig und nicht im Sinne des Gesetzes wäre[6]).

Unter einem Fehler nach § 459 Abs. 1 ist ein Abweichen von der normalen Beschaffenheit der Kaufsache zu verstehen[7]). Ihre Brauchbarkeit oder Verkäuflichkeit wird für den Käufer nachträglich beeinflußt[8]); und zwar kann es sich um gewöhnliche oder nach dem Vertrag vorausgesetzte Brauchbarkeit handeln. Bei Antiquitätengeschäften ist nur der zweite Fall von Bedeutung. Denn, wenn jemand ein altes Gemälde eines berühmten Meisters aus dem 17. Jahrhundert kauft, und dieses sich dann als Kopie herausstellt, so ist dadurch der gewöhnliche Gebrauch nicht immer beeinträchtigt. Kann doch die Kopie, äußerlich, was die Farben anbetrifft, viel vorteilhafter aussehen, als das Original. Einem Liebhaber oder erst recht einem Kunsthändler, kommt es aber nicht in erster Linie auf das Äußere an, sondern auf die originale Schöpfung selbst. Klar ist somit auch, daß hier Unerheblichkeit (§ 459 Abs. 1 S. 2) in keinem Fall vorliegen kann.

Nicht schwer ist es, aus dem oben Gesagten zu entnehmen, daß der Käufer beim Kauf einer fehlerhaften Antiquität sich in einem Irrtum über eine Voraussetzung befindet. Und dieser Irrtum ist in der Tat der Grundpfeiler der Sachmängelgewähr beim Spezieskauf überhaupt[9]). In dem § 459 ist also ein Willenserfordernis für die Gültigkeit des Kaufs zu sehen, wie dies allgemein in den §§ 116 ff. definiert ist.

Danz[10]), v. Blume[11]), Krückmann[12]) behaupten zwar, daß ein Irrtum des Käufers um deswillen nicht vorliege, weil, wenn der Käufer für den Mangel nach § 459 einzustehen habe, die vom Käufer gewollte Haftung eintrete, ohne daß es auf das Vorhandensein des Mangels zur Zeit des Vertragsschlusses ankomme. Aber es besteht ein Unterschied zwischen der genannten Haftung und dem vom Käufer angenommenen Vorhandensein der fehlenden Eigenschaft. Der Käufer kauft, weil er annimmt, daß die Eigenschaft vorhanden ist. Die Gewährleistungspflicht des Verkäufers kann die Tatsache der fehlenden Eigenschaft nicht ersetzen. Der Irrtum über das Vorhandensein der Eigenschaft ist eben kein Irrtum über die Rechtsfolgen des Kaufs, sondern ein solcher im Motiv, das

---

[5]) RG. 53/73; Gruch. 53/940.

[6]) Enn.-Lehmann, § 108, III, 1 S. 388; Planck, § 462, Nr. 1, S. 702; Siber, S. 237; Krückmann LZ. 1915, S. 1351 f.; Oertmann, § 459, 3; Windscheid-Kipp, § 395, I, 2a; Schollmeyer, S. 95; Dernburg II, § 185, I; Crome II, § 222, A. 2; a.M.: z.B. RGRKom. § 320, 7, S. 546; Staub, § 377 Anm. 3, S. 107; Soergel, § 459, Vorbem. 4.

[7]) RG. 97/351.

[8]) Staudinger, § 459, III, 1, S. 129; Planck, § 459, I, S. 694; Oertmann, § 459, 1a, S. 589.

[9]) Henle, II, S. 601; Leonhard I, S. 500 ff. spricht von „Enttäuschung".

[10]) JheringsJ. 46, S. 465 ff.

[11]) Recht, 07, S. 351 ff.

[12]) ArchZivPr. 101, S. 391 ff.; dagegen auch Heck, § 87, 1a, S. 268.

hier, wie schon angedeutet, die Natur einer Voraussetzung hat und deshalb von Erheblichkeit ist[13]). Kein Gegengrund ist, daß der Kauf zunächst gilt und dann aufgelöst wird, denn anders ist es ja auch nicht beim Irrtum nach § 119 und bei der arglistigen Täuschung gemäß § 123, wo das Geschäft eben der Anfechtbarkeit unterliegt. Gleichfalls darf nicht beirren, daß doch neben der Rückgängigmachung des Kaufs noch Schadensersatzforderung oder ein Verlangen nach Preisherabsetzung berechtigt sein können. Gibt es doch bei Täuschung und Drohung auch eine Schadensersatzpflicht aus unerlaubter Handlung, die allerdings nur auf das negative Interesse geht[14]).

Jedoch wird nicht jeder Irrtum mit einer Fehlerhaftigkeit gemäß § 459 Abs. 1 gleichbedeutend sein. Kauft jemand z.B. eine alte Figur, und meint er insgeheim, daß es sich um ein wertvolles, antikes Stück handelt, äußert dies aber nicht, um den Preis nicht zu hoch werden zu lassen, so wird diese, wenn er nachher merkt, daß er sich getäuscht hat, dadurch nicht fehlerhaft. War doch in dem Vertrag von Echtheit gar nicht die Rede. Der Verkäufer hat nur ein nachgeahmtes, nicht aber ein altertümliches Kunstwerk veräußert.

Desgleichen wird eine Antiquität nicht dadurch fehlerhaft, wenn sowohl Verkäufer wie Käufer über deren Herkunft im Zweifel sind. Hier ist das Geschäft spekulativ und die Gefahr eines Schadens liegt auf beiden Seiten. Jegliche Pflicht zur Gewährleistung ist ausgeschlossen, denn es handelt sich eben um einen Vertrag, der die Frage der Echtheit offen ließ und von einem nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch eines antiken Gegenstandes kann nicht die Rede sein[15]).

So ist beispielsweise ein Bild, das der Käufer in seinem Innern als ein von Rembrandt gemaltes hält, wenn er dies nicht äußert, um dem Verkäufer keine Gelegenheit zu geben, den Preis zu erhöhen, nicht fehlerhaft, wenn er sich in seiner Meinung täuscht[16]). Sollte es doch nach dem Vertragsinhalt auf die Eigenschaft als Original nicht ankommen[17]).

Gleichfalls ist es kein Fehler altertümlicher Gewehre, die ein Neureicher „zur Dekoration seiner Halle" ankauft, wenn diese nicht mehr zum Schießen brauchbar sind[18]).

Daß ein böhmisches Glas des 18. Jh., welches einen Sprung enthält, gegenüber einem Stück, das einen solchen nicht hat, mit einem Fehler behaftet ist, kann nicht bezweifelt werden. Die Frage ist aber, ob eine Nachahmung im Verhältnis zum Original als fehlerhaft anzusehen ist. Diese wird vom Reichsgericht, wenn eine solche nachweislich vorliegt, bejaht[19]).

---

[13]) Vgl. Düringer-Hachenburg, IV, Anm. 142, S. 120.
[14]) Henle, I, S. 234 f. a.M.: Süß, S. 201 ff.
[15]) Vgl. auch RG. 135/343.
[16]) Kohler, I, S. 508.
[17]) Vgl. Hoeniger, ArchBürgR. 35, S. 265.
[18]) Heck, § 87, 4, S. 269.
[19]) RG. 114/239; 115/286; siehe auch Enn.-Lehm., § 108, II, 1, S. 388; Staudinger, § 459, III, 4, S. 135; Soergel, § 459, I, 6, S. 790; Warneyer, § 459; II; S. 862; Heck, § 87, 4. A.A.: Krückmann, LZ. 1929/986 ff.

Allerdings hat das höchste deutsche Gericht in einem vielgenannten Fall[20]) eine Orchestergeige als keine fehlerhafte Sologeige bezeichnet. Dies verstößt aber gegen den Wortlaut des § 459, der von „Fehlern" auch hinsichtlich des nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauchs spricht. Verkannt wird, daß das Vorhandensein der gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften zum Fehlen vorausgesetzter Vorzüge nicht im Gegensatz steht.

Anders entschied das gleiche Gericht[21]) hinsichtlich einer Stradivariusgeige, die sich nicht als eine von Stradivarius angefertigte, sondern als eine moderne Fälschung herausstellte. Das Gericht legte dar, daß hier der Geige die nach dem Vertrag vorausgesetzte Eigenschaft fehle[22]). Ein Ölgemälde wurde in einer Entscheidung[23]) für fehlerhaft erklärt, das eine durch den Verkäufer getätigte Verwischung der Signatur aufwies, sodaß statt der ursprünglichen Signatur „Werner" eine solche mit dem Namen „Knaus" von den Parteien gelesen wurde. Haymann[24]) meint dazu, daß die Unsicherheit über die Person des Malers hier die Fehlerhaftigkeit darstelle. Dem ist nicht beizupflichten. Ist doch die Unsicherheit erst die Auswirkung des durch die Verwischung entstandenen Fehlers.

Wiederholt hat bei Gemälden das RG. in mehreren Entscheidungen[25]) eine Kopie als fehlerhaft im Sinne der speziellen Sachmängelvorschriften des BGB. bezeichnet. Interessant sind die Ausführungen dieses Gerichts in einer Entscheidungsbegründung[26]): „Der nach dem Kaufvertrag über solche Bilder vorausgesetzte Gebrauch besteht darin, daß der Käufer sich in seiner Wohnung der Werke anerkannter Meister erfreut und in den Kreisen der Kunstverständigen als Besitzer bedeutender und wertvoller höchstseltener Kunstwerke gilt".

In einer neueren Entscheidung[27]) hat der 2. Ziv.-Sen. des RG. diese Darlegung bekräftigt. Es handelte sich um den Kauf eines Ölgemäldes „Eichen am Wasser", das angeblich von dem bekannten Maler Jakob Isaakssohn van Ruisdael herrühren sollte. Später stellte sich jedoch heraus, daß ein wenig berühmter Vetter und Nachahmer dieses Meisters Jakob Salomonsohn van Ruysdael dieses Bild gemalt hatte. Das Gericht bejahte die Fehlerhaftigkeit und fügte hinzu: „Der nach dem Vertrag vorausgesetzte Gebrauch besteht bei Erwerb von Bildern eines bestimmten Meisters darin, daß dem Käufer die Möglichkeit verschafft wird, sich des Besitzes eines Werkes gerade dieses Meisters zu erfreuen, sich in die Malweise und sonstige Eigenart dieses Künstlers zu vertiefen und sie sich jederzeit vor Augen zu halten. Andere Vorteile, besonders solche geldlicher Art, wenn ein Künstler oder ein Werk von starkem Ruf in Frage steht, können damit Hand in Hand gehen, doch

[20]) RG. 97/352.
[21]) RG. Warn. 1916 Nr. 244.
[22]) Siehe auch Enn.-Lehm. § 108, II, 1, S. 388; dagegen Süß, S. 204.
[23]) RG. Warn. 1927, Nr. 140, S. 245.
[24]) RGPraxis, III, S. 324.
[25]) RG. Gruch. 66/452; 114/239; 115/286.
[26]) RG. 115/287.
[27]) RG. 135/340.

ist dies unwesentlich...". Gleichgültig sei auch, ob es sich um eine Kopie oder eine Fälschung eines von dem Meister stammenden Bildes handelt oder um die wertvolle Schöpfung eines anderen Malers[28]).

Dann geht das RG. in dieser Entscheidung noch auf eine von Haymann[29]) und F. Leonhard[30]) verfochtene Ansicht über den Fehlerbegriff ein. Diese verlangen nämlich, daß die Fehlerhaftigkeit einer Sache zuerst nach objektiven abstrakten Merkmalen festgestellt werden müsse, m.a.W., sie fordern eine mißbilligte Abweichung von der Norm. Die bloße Abweichung von den Ansichten der Parteien über die Sache genüge nicht; die Gesetzesworte „oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch" kämen nur für die Erheblichkeit des Fehlers in Betracht. Das Gericht wendet sich gegen diese Anschauung und trägt auch dem Wortlaut des Gesetzes dadurch Rechnung, das den „nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch" dem „gewöhnlichen" gleichgeordnet und — wie es in der Entscheidung heißt, — es allein ermöglicht, den Bedürfnissen des heutigen spezialisierten Verkehrs mit Sachen gerecht zu werden.

Aus einer solchen Begriffsbestimmung würde sich, wie noch festzustellen ist, eine bedenkliche Einengung des Anwendungsgebietes des Anspruchs aus § 462 wegen eines Fehlers nach § 459 Abs. 1 ergeben. Haymann erweitert, um dies zu vermeiden, das Gebiet der Zusicherung einer Eigenschaft nach § 499 Abs. 2 stark, indem er einseitige Zusicherungen weitgehend zuläßt. Dies erscheint aber ebenfalls recht bedenklich und führt auch zu keinem praktischen Ergebnis[31]).

§ 2. Die Bedeutung der Fehlerhaftigkeit alter Kunstgegenstände.

Bisher wurde nur allgemein erörtert, was man unter Fehlerhaftigkeit bei Kunstgegenständen oder Antiquitäten zu verstehen hat. Es wurde dabei die Frage offen gelassen, ob der Verkäufer einer Antiquität nach § 459 Abs. 1 gewährleistungspflichtig ist. Dies ist eine in der Literatur und Rechtsprechung viel behandelte und umstrittene Frage.

So erklärt Lenel[32]) jeden Irrtum, der ja, wie oben ausgeführt, für die Gewährleistung grundlegend ist, über die Echtheit eines aus früheren Jahrhunderten stammenden Gemäldes oder einer sonstigen Kunstschöpfung im Gegensatz zu einem Kunstwerk aus neuerer Zeit für unbeachtlich. Er meint, daß dies geradezu eine Notwendigkeit für den Bestand des Kunst- und Antiquitätenhandels sei. Der sachverständige Käufer, so bemerkt der genannte Autor dann noch, könne ohne eigene

[28]) Interessant bezügl. der Fehlerhaftigkeit auch OLG. 22, 226, wo geringe Webeknoten in einem Teppich nicht gegen den nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch sind.

[29]) Haymann, RG.Prax. III, S. 317 u. im Anschluß an die letztgenannte Entscheidung in JW. 1932, S. 1862 ff.

[30]) Leonhard, Schuldrecht, II, S. 50.

[31]) wie RG. Warneyer, § 459, II, S. 862; Hedemann, § 37, Va, III, 1a, S. 235; Heck, § 87, 4, S. 269; Siber, § 51, III, 1a; Enn.-Lehm., § 108, II, 1; Soergel, § 459, I, 6; Düringer-Hachenburg, V, Einl.Anm. 182a; Werner in JW. 1927, S. 668.

[32]) JheringsJ. 44, S. 1 ff., insbes. 17/18.; auch ArchZivPr. 123/190.

grobe Fahrlässigkeit gar nicht darüber im Zweifel sein, daß die Herkunft des Kunstgegenstandes nicht eine objektive Eigenschaft, sondern nicht mehr als eine subjektive Meinung sei. Lenel schwebt hier sicher vor, daß bei Zulassung der Gewährschaft der Antiquitätenhandel fortgesetzt den verkauften Gegenstand wieder zurückerhalte, weil sich infolge verschiedener Beurteilung durch Sachverständige die Originalität der Schöpfung stets in Abrede stellen lasse.

Krückmann[33]) stellt auf die Höhe des Kaufpreises ab. Wenn das Bild nicht schwer überzahlt sei, so drückt er sich aus, müsse der Käufer es behalten, andernfalls könne er es zurückgeben. Riezler[34]) sagt dagegen mit Recht, daß das Wesentliche bei Kunstwerken nicht in ihrem Geldwert liegt. Er [35]) selbst meint, daß es dem Verkehrsinteresse widerspreche, wollte man bei Antiquitäten einen Irrtum über die Echtheit zulassen. Dies rechtfertigt er damit, daß auf Grund des § 157 eine Verkehrssitte anzunehmen sei, wonach in solchen Verträgen eine Gewährleistung nicht in Frage komme[36]).

v. Tuhr[37]) bemerkt, daß bei alten Kunstgegenständen, worauf auch Lenel hinweist, die oft wechselnde Ansicht der Sachverständigen keine dauernde Eigenschaft begründen könnte. Folglich sei es unerheblich, wenn ein altes Bild, das bisher einem bestimmten Künstler zugeschrieben wurde, von Kunstsachverständigen in seine „Schule" verwiesen wird. Dabei läßt er sich von einer Entscheidung des RG.[38]) leiten, die ein Gemälde zum Gegenstand hatte, welches das Signum R. trug und das der Käufer für einen echten Rembrandt hielt. Später stellte sich dann auf Grund eines Sachverständigengutachtens heraus, daß das Gemälde das Werk eines Rembrandtschülers, wahrscheinlich Govaert Fink, sei. Ein Rechtsbehelf wurde versagt, da das Bild im Katalog als von Fink gemalt angegeben war, mit dem Hinweis auf die vermeintlich falsche Bezeichnung mit R. Dies kann aber noch kein Grund für einen völligen Ausschluß eines Irrtums über die Echtheit bei Antiquitäten sein. Durch den Hinweis im Katalog wußte der Käufer genau, was er kauft: ein Bild von zweifelhafter Echtheit. Er hat keine andere Vorstellung über dasselbe, wenn er auch insgeheim auf die Echtheit spekuliert. Dadurch wird es aber, wie oben schon gesagt, nicht fehlerhaft.

Auch Endemann[39]) nimmt zu der hier behandelten Frage Stellung. Er hält es für zweifelhaft, ob der Eigenschaft der Echtheit bei Antiquitäten rechtlich volle Beachtung gezollt werden darf. Der Erwerber müsse mit der Unsicherheit der Alters- und Echtheitsbestimmung rechnen. Ob das Vertrauen auf das Vorhandensein der betreffenden Eigenschaft zum Geschäftsinhalt gehöre, sei infolge der aleatorischen Natur des Geschäfts nicht festzustellen. Eine klare Lösung des Problems ist das nun gerade nicht.

[33]) ArchZivPr. 131/33, 73.
[34]) Riezler, bei Staudinger, § 119, Ziffer 49, S. 591.
[35]) Staudinger, a.a.O.
[36]) Siehe auch Staudinger, § 459, III, 4, a.E.
[37]) v. Tuhr, II, 2, Note 73, S. 580.
[38]) RG. DJZ. 1913, S. 1387.
[39]) Endemann, I, Note 13, S. 346.

Die Rechtsprechung hat sich der Auffassung Lenels, wenn auch nicht so absolut, in einigen Entscheidungen angeschlossen. Das Oberlandesgericht München[40]) versagte einem Käufer eines alten unsignierten Kunstblattes, das als Zeichnung von Lukas Cranach veräußert und dessen Echtheit von dem Käufer hernach bestritten wurde, den Gewährleistungsanspruch nach § 459 Abs. 1 im Hinblick auf das Alter des Kunstwerks. In den Urteilsgründen heißt es: Unbestritten handle es sich nicht um eine „Fälschung oder Imitation" in dem Sinne, daß es sich um eine erst in der jetzigen Zeit angefertigte, fälschlich in das 16. Jahrhundert zurückdatierte Zeichnung handle. Doch müsse auch in der so begrenzten Mängelrüge dem Käufer ohne weiteres zugegeben werden, daß die Urheberschaft des erstklassigen Meisters Lukas Cranach des Ält. angesichts des hohen Preises eine Eigenschaft sei, die den Handelswert, der sich bei einem Kunstwerk mit dem Gebrauchswert decke, erheblich beeinflusse. Kunstgeschichtliche Werke besagten, daß Cranachblätter erheblich wertvoller seien als Zeichnungen des Zeichtgenossen Cranachs Bartholomäus Beham, der im übrigen ebenfalls ein hervorragender Künstler der deutschen Schule gewesen sei und dem der Käufer nunmehr die Zeichnung zuschreibe. Nach der Rechtslage würde gewöhnlich die Gefahr der Unechtheit an sich den Verkäufer treffen, auch wenn er selbst von der Echtheit überzeugt sei. Allein hier in diesem Falle könnte es nicht so sein. Bei einer nicht signierten Zeichnung aus dem Mittelalter läge ein genealogischer Ursprungsnachweis, im Gegensatz zu großen renommierten Gemälden nicht vor, es sei der strikte Echtheitsbeweis vielmehr lediglich durch eine mehr oder minder große Anzahl technisch-wissenschaftlicher Anhaltspunkte ersetzt, die bestenfalls zur subjektiven Überzeugung des Einzelnen, niemals aber zu objektiver Gewißheit führen könnten. Es liege auf der Hand, daß bei solcher Sachlage, ähnlich wie bei sonstigen technischen und wissenschaftlichen Streitfragen jederzeit durch neue Bearbeiter die Ursprungsfrage aufs Neue zur Erörterung gestellt und die Überzeugung der Kunstverständigen beeinflußt und geändert und damit auch der Handelswert beeinträchtigt werden könne. Deshalb sei der Handel mit derartigen Kunstgegenständen begriffsnotwendig ein Spekulationsgeschäft; der kaufende Kunsthändler wisse genau, daß er erforderlichenfalls den strikten Ursprungsbeweis nicht geführt erhalten könne und daß der Wert jederzeit durch nur ein wissenschaftliches Bestreiten selbst dann in Frage gestellt werden könne, wenn auch die Mehrzahl der Kenner von der Echtheit überzeugt bleibt. Die Ausführungen Lenels anführend, stellt dann das Gericht fest, daß die Haftung des Verkäufers ohne Zusicherung grundsätzlich als ausgeschlossen gelten müsse. Und daß diese Auffassung auch das im Verkehr Entsprechende trifft, so heißt es noch in der genannten Entscheidung, zeigt folgende Erwägung: es sei ein im Kunst-Antiquitätenhandel alltäglicher Vorgang und niemand finde etwas Unrechtes dahinter, „daß ein Händler bei einem anderen Händler einen Gegenstand von hohem Kunstwert entdeckt und unter Verschweigung

---

[40]) Seuff.A. 65/90, S. 181; auch Seuff.Bl. 75/121 ff.

dieses Umstandes diesen um ebensoviel Mark erwirbt, als er tags darauf hunderte im Weiterverkauf fordert und bezahlt erhält".

Zum gleichen Ergebnis kommt eine Entscheidung des RG.[41]), die einen Erwerb einer mit einem echten Namenszug von Hans Thoma versehenen, übermalten Lithographie, der eine Zeichnung Thomas zugrunde lag, zum Gegenstand hatte. Beide Parteien, die Kunsthändler waren, nahmen an, es sei ein von H. Thoma selbst gemaltes Bild. Es stellte sich jedoch heraus, daß die Malerei von einem anderen herrührte. Der Senat stellte fest, daß die Voraussetzungen der Wandlung gegeben seien. Denn soweit der Verkauf nicht spekulativen Charakter trage, wie bei Werken aus früheren Jahrhunderten, sei ein unechtes Bild fehlerhaft. Das RG. scheint somit bei alten Bildern einen Rechtsbehelf völlig abzulehnen. Auch bemerkt es über eine Einschränkung zu Gunsten alter, renommierter Gemälde, wie sie das Münchner OLG., dessen Ausführungen oben wiedergegeben wurden, machte, nichts.

Riezler[42]) hält diese Entscheidung mit Recht für nicht ganz unbedenklich. Denn nicht immer haben die Beteiligten bei alten Bildern das Bewußtsein des spekulativen Charakters des Geschäfts; vor allem bei Käufen alter Bilder für Galerien werde wohl meistens gerade die Echtheit als wesentlicher Punkt betrachtet und der Glaube an sie pflege auch entscheidend mitzuspielen bei der Höhe des Preises.

Ein anderer Senat (der erste) des RG. hat in einer späteren Entscheidung[43]), bei der es sich um nachgeahmte Werke von Ostade und Teniers handelte, die als originale Schöpfungen verkauft worden waren, die Wandlungsmöglichkeit bejaht, weil die Parteien nicht „unzweifelhaft" kopierte Bilder dieser Meister bei Vertragsschluß vorausgesetzt haben. Dann nimmt das Gericht Stellung zu der vorher genannten Entscheidung[44]). Es erblickt in den Ausführungen des zweiten Zivilsenats nicht die Auffassung, daß hier allgemein die Fehlerhaftigkeit gemäß § 459 Abs. 1 eines Werkes aus früheren Jahrhunderten verneint werde. Dort sei nur über ein aus der heutigen Zeit stammendes Bild zu befinden gewesen; die Beschränkung hierauf sollte hervorgehoben und es sollte dabei gesagt werden, daß beim Bild eines alten Meisters möglicherweise anders zu entscheiden wäre. Ferner heißt es dann: „Es sei auch nicht zu verkennen, daß der Kauf eines alten Bildes sehr häufig in Bezug auf die Echtheit einen spekulativen Charakter tragen wird".

Man wird allen diesen Ausführungen bezüglich der Gewährschaft für alte Kunstgegenstände nicht so ohne weiteres beipflichten können. Bedenklich ist an sich schon die Unterscheidung zwischen alten und neuen Kunstschöpfungen. In jeder Zeitepoche werden gute und schlechte Werke geschaffen und diese einzelnen Zeitabschnitte sind durchaus nicht streng von einander getrennt, sondern es lassen sich Übergänge erkennen, die manchmal die Feststellung, ob „alt" oder „modern" geradezu unmöglich machen. Auch kann schon bei gar nicht alten Kunstwer-

[41]) RG. 114/239.
[42]) Riezler, JW. 1926, S. 2531, Anm. 6.
[43]) RG. 115/286.
[44]) Siehe oben

ken infolge des Fehlens jeglicher sicherer Bestätigung, etwa infolge Nichtvorhandenseins von Angehörigen des verstorbenen Künstlers, die Bestimmung der Echtheit Schwierigkeiten machen.

Weiterhin wird von Lenel[45]) angeführt, daß der Kunst- und Anti-Antiquitätenhandel nicht in seinem Bestehen erschüttert werden dürfe. Allerdings muß zugegeben werden, daß, wenn alle solche Geschäfte spekulativen Charakter hätten, die Möglichkeit der Wandlung nicht gerade vorteilhaft für die Antiquitätengeschäfte wirken würde. Jedoch ist auch schon die bereits angeführte Rechtsprechung sich darin nicht einig. Das OLG. München[46]) vertritt die Auffassung, daß Geschäfte mit alten Kunstgegenständen „stets" spekulativ seien. Das RG.[47]) meint, solches sei „sehr häufig" der Fall.

Anders betrachtete das OLG. Kiel[48]), welches über einen Verkauf alter Kupferstiche, die im Verkaufskatalog als Werke alter französischer Meister bezeichnet wurden, sich aber nachher als wertlose neuere Nachdrucke und Fälschungen herausstellten, zu entscheiden hatte, das Problem. Es führt aus: „Zwar gibt die Frage der Urheberschaft alter Kunstwerke, insbesondere Kupferstiche, vielfach zu Zweifeln Anlaß und kann häufig nicht sicher entschieden werden. Doch kann um deswillen nicht angenommen werden, daß es sich hierbei um ein gewagtes Geschäft handle, dessen Gefahr der Käufer zu tragen habe".

Bemerkenswert ist es auch, daß in der schon zitierten Entscheidung des RG. aus dem Jahre 1932[49]), in der allerdings ein Rechtsbehelf infolge Verjährung nicht mehr gegeben war, zu der hier behandelten Streitfrage überhaupt nicht Stellung genommen wurde, obschon es sich um ein Bild von Ruisdael, der in der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts gelebt hat, handelte. So naheliegend scheint also der vollständige Ausschluß der Gewährleistungspflicht bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 459 Abs. 1 hinsichtlich alter Kunstgegenstände nicht zu sein.

Auch mit Annahme einer Verkehrssitte, wie Riezler[50]) meint, kann nicht geholfen werden. Denn dann entsteht die Frage, auf welche Kunstwerke diese sich im einzelnen erstreckt. Im Münzenhandel ist sie nämlich nicht anerkannt, denn hier hat der Käufer stets die Möglichkeit, bei mangelnder Echtheit die Münze zurückzugeben[51]).

Indessen kann man die Dinge von einem anderen Standpunkt betrachten. Das Münchner OLG. legt, Lenel folgend, seinen Erwägungen zugrunde, daß es sich doch immer um einen sachverständigen Käufer handele, der vielleicht eingehendere Kenntnisse besitzt als der Verkäufer. Das ist doch sicher nicht immer so. Im Gegenteil. Sehr viele Kunstsammler kaufen Antiquitäten nur, weil es sie interessiert, im Innern beschäftigt und zum Erwerb anregt. Besondere Sachkenntnis wird diesen Leuten, die doch grundsätzlich Förderer der Kunst sind, und für diese

[45]) JheringsJ. 44, S. 17/18.
[46]) OLG. München, a.a.O.
[47]) RG. 114/239.
[48]) OLG. Kiel in LZ. 1921, S. 464.
[49]) RG. 135/339.
[50]) bei Staudinger, § 119, Ziff. 49, S. 591.
[51]) Oertmann, ArchZivPr. 117 S. 277.

deshalb einen großen Gewinn bedeuten[52]), sicher sehr oft nicht nachzusagen sein. Wirkliche große Sachkunde wird in den meisten Fällen nur der Antiquitätenhändler besitzen, der diese auch schon deshalb haben muß, weil er ja Altertümer kauft, um sie mit Gewinn wieder zu veräußern, also davon seine Existenz abhängt.

Wenn ein solcher Händler, der nebenbei bemerkt, Kaufmann nach § 1 Abs. 2 HGB., ist, von einem anderen einen alten Kunstgegenstand kauft, so kann man mit Recht sagen, daß er ohne grobe Fahrlässigkeit gar nicht über die Zweifelhaftigkeit der Echtheit im einzelnen Falle im unklaren sein konnte[53]). Und in der Tat waren die Parteien der beiden jeden Rechtsbehelf ablehnenden Entscheidungen der Gerichte[54]) Kunsthändler. In diesem Falle kann ohne Zweifel berechtigterweise gesagt werden, daß durch Versagen des Gewährleistungsanspruchs der dem Antiquitätenhandel schädlichen Spekulation die bei Käufen unter Kunsthändlern sicherlich nicht selten vorkommt, Einhalt getan wird[55]).

Unbillig ist es aber, daß auch gegenüber dem idealen Sammler eine Gewährleistungspflicht des Verkäufers nicht bestehen soll. Sicherlich kann auch jemand, der kein Kunst- und Antiquitätenhändler ist, umfassende, ja bessere Kenntnisse besitzen als der verkaufende Händler selbst und es bestehen hier ebenfalls manchmal spekulative Momente, aber dies dürfte nicht die Regel sein. Der kaufende Kunstsammler vertraut darauf, wenn er in ein Antiquitätengeschäft geht und ein altes Kunstwerk kauft, daß dieses echt und nicht eine vielleicht gute Nachbildung ist. Rücksichtslos an seinen Vorteil zu denken, kann man dem Verkäufer nach der heutigen Auffassung des Rechtslebens, die dem Hauptsatz der nationalsozialistischen Weltanschauung „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" Rechnung trägt, nicht mehr zubilligen[56]), woraus sich ergibt, daß es nicht gerechtfertigt sein kann, einem dem Händler sein Vertrauen schenkenden Käufer bei fehlender Zusicherung einen Rechtsbehelf zu versagen.

Vom Verkäufer muß vor allen Dingen erwartet werden, daß er sich über die Herkunft eines antiken Gegenstandes beim Ankauf genau orientiert. Und selbst wenn er dies getan hat und sich die Gutachten widersprechen, so ist es doch in diesem Fall nicht unangemessen, daß er und nicht der aus idealen Gründen handelnde Käufer das Risiko zu tragen hat[57]). Seine Sache ist es, sich dadurch zu entlasten, daß er beim Verkauf etwaige Zweifel an der Echtheit der Ware äußert, und dies ist es gerade, was das Vertragsverhältnis als ein Vertrauensverhältnis

---

[52]) Donath, S. 1/2.

[53]) Zu beachten ist hier auch, daß nach § 377 HGB. bei beiderseitigem Handelsgeschäft der Verkäufer die Ware unverzüglich nach Ablieferung zu untersuchen hat und dem Verkäufer von einem Mangel Anzeige machen muß, andernfalls ein Gewährleistungsanspruch nicht gegeben ist.

[54]) RG. 114/239; OLG. München, Seuff.Arch. 65/181 (es heißt dort ausdrücklich „der kaufende Kunsthändler").

[55]) Vgl. auch Krückmann, LZ. 1929, S. 990, der auf § 460 Abs. 1 S. 2 hinweist.

[56]) Vgl. Lange, S. 70/71.

[57]) Siehe auch Hachenburg, DJZ. 1929, S. 82 (van Gogh-Bilder)

kennzeichnet. Der Käufer erwartet hier besonders, daß der Verkäufer ihm auf Grund seiner besonderen Kenntnisse nähere Aufschlüsse gibt. Ein anderes Verhalten gegenüber einem unerfahrenen Käufer muß als ungesetzlich angesehen werden und folglich hat der Verkäufer die Pflicht zur Gewährleistung.

Nicht unbeachtlich ist dabei, daß er es immer in der Hand hat, von vorneherein das Wandlungsrecht des Verkäufers, gleichgültig, ob dieser sachverständig ist oder nicht, auszuschließen. Auf welche Art dies nun geschehen kann, zeigt die Entscheidung des OLG. Kiel[58]), aus der schon oben einige Darlegungen wiedergegeben wurden. Der Verkäufer hatte nämlich seine Haftung sowohl für äußerlich sichtbare Mängel als auch für die fehlende Echtheit durch eine besondere Klausel ausgeschlossen. In den Versteigerungsbedingungen hieß es nämlich: „Da Gelegenheit gegeben ist, sich von der Eigenschaft und dem Zustand der Gegenstände zu überzeugen, können Reklamationen nach Zuschlag nicht berücksichtigt werden". Die Frage ist nun, ob eine solche Ablehnung der Haftung Gültigkeit hat. Das ist zu bejahen. Auch bezüglich der oft höchst zweifelhaften und schwierigen Frage der Echtheit kann dies geschehen, denn die Vorschriften über die Gewährleistung sind grundsätzlich dispositiv, soweit nicht ein arglistiges Verschweigen auf Seiten des Verkäufers gegeben ist. (§ 476). Läßt sich somit letzteres nicht erweisen, so ist der Verkäufer nicht gewährleistungspflichtig. Folglich mußte in der genannten Entscheidung das Wandlungsbegehren des Käufers zurückgewiesen werden.

Steht nun einer Wandlung seitens des Käufers nichts entgegen, so ist deren Wirkung ohne Schwierigkeit zu erkennen. Sie entspricht der des Rücktritts. Soweit der Käufer noch nicht gezahlt hat, tritt an die Stelle der Einrede der Wandlung das Erlöschen seiner Verpflichtung; soweit er oder der Verkäufer erfüllt hat, entstehen Rückgewährverpflichtungen (§ 467 Abs. 1). Das Gesetz mißbilligt, obschon den Verkäufer keinerlei Verschulden, somit kein Vorwurf trifft, daß er eine mangelhafte Sache verkauft hat. Daher wird ihm nach § 467 Satz 2 noch die Verpflichtung auferlegt, dem Käufer die Vertragskosten zu ersetzen, was hier jedoch nicht von Bedeutung ist.

Könnte man aber nicht die Fälschung eines antiken Gegenstandes als ein „aliud", somit als eine zu einer ganz anderen Art gehörige Sache bezeichnen? Nach herrschender Lehre[59]) käme hier die Vorschrift des § 459 Abs. 1 nicht in Betracht, da ein Artmangel über den Fehlerbegriff hinausgeht. Es würden die Erfüllungsansprüche aus den §§ 440 ff. in Verbindung mit den §§ 320 ff. zur Geltung kommen. Jedoch handelt es sich beim Kauf einer Fälschung um eine bestimmte Sache, man wird einen unechten Gegenstand deshalb nicht als aliud ansprechen können, sondern es kann sich nur um Fehlerhaftigkeit handeln. Ist doch, wie schon gesagt, eine enge Fassung des Begriffs der Fehlerhaftigkeit nicht

---

[58]) LZ. 1921, S. 464.

[59]) Staudinger, § 459, II, 6, S. 129; Enn.-Lehm., § 108, II, 1e, S. 389; a.A.: Heck, § 88, Nr. 8 und 9, S. 277 f.

am Platze. Warneyer[60]) bemerkt dazu, daß man unter Umständen sogar auch bei Leistung eines „anderen" als des vereinbarten Gegenstandes die Gewährleistung gemäß den §§ 459 ff. als gegeben erachten könnte, wenn die Sache gerade durch das Fehlen einer vereinbarten wesentlichen Eigenschaft zu einer anderen wird. Unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung wird im Einzelfalle festzustellen sein, was vereinbarungsgemäß zu liefern war und was tatsächlich geliefert worden ist. So ist z.B. keine Gewährleistungspflicht gegeben, wenn ein geschliffenes Glasstück als Edelstein oder eine broncierte Gipsbüste als Bronce verkauft wird[61]).

§ 3. Die Zusicherung einer Eigenschaft.

In den §§ 459 Abs. 2 und 463 S. 1 handelt es sich um zugesicherte Eigenschaften, die sich als nicht vorhanden erwiesen haben. Der Verkäufer verhält sich, wenn er eine falsche Zusicherung macht, in gröblichster Weise illoyal. Man darf nicht etwa meinen, daß hier gar keine Pflicht auf Seiten des Verkäufers bestände. Indem er nämlich dadurch die wirklich vorhandenen Eigenschaften verheimlicht, verletzt er schärfstens seine Aufklärungspflicht gegenüber dem Käufer[62]). Von Bedeutung ist das insofern, als der Käufer, wie Endemann[63]) bei der Erörterung über die Bedeutung der Echtheit bei Antiquitäten ausführt, hier eine Möglichkeit hat, sich durch Zusicherung seitens des Verkäufers eine gewisse Sicherheit zu verschaffen. Mit der Zusicherung ist nämlich unbestritten die Gewährleistungspflicht verbunden[64]). Hier ist es auch überflüssig, eine Unterscheidung in der Beurteilung der Fälle nach der Person des Käufers zu machen. Auch ein sachverständiger Antiquitätenhändler kann sich beim Kauf eine bestimmte Eigenschaft zusichern lassen und wird dies auch, um sicher zu gehen, häufig tun. Der Verkäufer hat diesem gegenüber gleichfalls die Pflicht zur Gewährleistung, wie er einem Liebhaber gewährleisten muß.

Nun ist klar zu legen, was man unter Eigenschaft zu verstehen hat. Zitelmann[65]) meint, daß Eigenschaft jedes Merkmal des Dinges, überhaupt alles was von einem Dinge ausgesagt werden kann, sei. Diese Begriffsbestimmung geht jedoch entschieden zu weit. Man müßte so, sagt Schloßmann[66]) zutreffend, die Existenz oder Nichtexistenz, also auch das Geborensein eines Menschen als Eigenschaft bezeichnen.

Aber auch eine zu enge Fassung des Begriffs ist nicht gangbar. Es ist nicht nur das als Eigenschaft anzusehen, was dem Gegenstand dauernd und substantiell anhaftet. Auch darf man nicht nur wertbildende Faktoren darunter verstehen, denn häufig wird insbesondere bei Antiquitäten ein objektiver Wert gar nicht vorhanden sein, da deren Preis

[60]) Warneyer, § 459, V, S. 783.
[61]) Vgl. RG. 34/324; anders RG. 99/147.
[62]) ZBIFG. Bd. 4, S. 765.
[63]) Endemann, I, S. 346.
[64]) Staudinger, § 459, IV, S. 135 und § 119, Ziff. 49, S. 591.
[65]) Zitelmann, S. 442 c.
[66]) Schloßmann, S. 4, Anm. 1.

und Veräußerungsmöglichkeit vielmehr von einer großen Anzahl verschiedenartiger und dem Wechsel der Anschauungen unterworfener Umstände abhängt[67]). Vielmehr kann man eine Begriffsbestimmung dahin formen, daß man unter Eigenschaft nicht nur die natürlichen der Person oder Sache an sich zukommenden Eigenschaften zu verstehen hat, sondern auch solche Tatsachen und rechtliche Verhältnisse, welche in ihren Beziehungen zu den anderen Personen oder Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung in allen oder doch gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen. Und wenn man dies kurz ausdrückt: Alle Beziehungen der Kaufsache, zur Umwelt, die für den Käufer von Interesse sein können. Diese praktisch übrigens auch für § 119 Abs. 2 geltende brauchbare Abgrenzung des Eigenschaftsbegriffs welche das RG. in ständiger Rechtsprechung[68]) herausgebildet hat, wird auch von der Literatur anerkannt[69]).

Mannigfaltig sind die Möglichkeiten hinsichtlich der Eigenschaften von Antiquitäten. Herkunft und Ursprung, z.B. ein Marmorstück von einem antiken Bauwerk, eine Visitenkarte Goethes, ein Brief Kants[70]), natürlich auch die Echtheit eines Gemäldes oder eines Kupferstiches[71]). Auch kann es sich bei antikem Schmuck um die Echtheit von Edelsteinen handeln, wenn man nicht diese Dinge bereits unter den Begriff der Herkunft rechnen will. Alter, Seltenheit, Größe, alles Mögliche, kann eine Rolle im Einzelfall spielen[72]). Von Wichtigkeit können vor allen Dingen die geschichtlichen Beziehungen einer Sache werden. Längere oder kürzere Zeit können zwischen einem Gegenstand und einer Person oder einer anderen Sache Beziehungen bestanden haben. Etwa so, daß die Person den Gegenstand zu einem bedeutsamen Zweck benützt, ihn in beachtenswerter Weise beurteilt oder ihn nur berührt hat. An sich würde dadurch noch keine Eigenschaft der Sache begründet. Jedoch kann das Ereignis auf die Wertschätzung einen großen Einfluß haben. Durch die Vorstellung der mit dem Gegenstand verknüpften Tatsache wird dieser von vielen anderen gleichartigen Gegenständen in beträchtlicher Weise unterschieden. Schloßmann[73]) sagt, daß diese Gegenstände durch jene Beziehung in einer mystischen Weise beeinflußt werden, z.B. ein von Friedrich d. Großen getragener Hut oder eine von der Kaiserin Maria Theresia benützte Truhe, ein Ordensstern Napoleons, ein Buch, in dem Lessing gearbeitet hat; ebenso kann eine religiöse

---

[67]) RG. in JW. 1934, S. 2906.

[68]) RG. 21/311; 52/2; 59/243; 61/85; 64/269; 99/214, 103/22. JW. 1905, S. 425, auch OLG. 8/66.

[69]) Staudinger, § 459, IV, S. 135; und § 119, Ziff. 21, S. 581; Planck, § 459, 2a, S. 698 u. § 119, IV, 6a, S. 286. Achilles-Greiff, § 119, 8, S. 42; Lehmann, Allg. Teil, § 34 III, 1e, S. 235; RGRKom. § 459, 5a, S. 68; Müller-Meikel, § 112, S. 375; Enn.-Lehm., § 108, II, 2, S. 366; R. Schmidt, Lehrb., § 34, S. 92; Warneyer, § 459, IX, S. 866.

[70]) Planck, a.a.O.; Staudinger, a.a.O.; Schloßmann, S. 6; a.M.: Endemann, I, § 71 Anm. 21, S. 349.

[71]) Lehmann, S. 235; Loewenwarter, I, § 119, S. 109; Staudinger, a.a.O.

[72]) Schloßmann, S. 5; Oertmann, § 119, 4d; S. 394.

[73]) Schloßmann, S. 7.

Verehrung mitspielen, z.B. bei einem vom Papste geweihten Rosenkranz[74]).

Diese Ausführungen zeigen, wieweit bei alten Kunstgegenständen der Eigenschaftsbegriff reicht. Zur Abgrenzung zu § 459 Abs. 1 muß aber noch gesagt werden, daß nach diesem Paragraphen eine Zusicherung nicht erforderlich ist, während für den § 459, Abs. 2 und den § 463 die Voraussetzungen des Abs. 1 § 459 nicht vorzuliegen brauchen. Folglich ist es unerheblich, ob der Mangel der zugesicherten Eigenschaft Wert, Gebrauch oder Verkäuflichkeit beeinflußt[75]). Es kommt nicht darauf an, daß das Fehlen der Eigenschaft, die zugesichert wurde, eine beträchtliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit ausmacht, denn die Gewährleistungspflicht ist davon unabhängig[76]). Mit Recht sagt aber z.B. Planck[77]), daß unbedeutende, kleine Abweichungen, auf die es gar nicht ankommen kann, natürlich als Eigenschaft ausscheiden. Ist für den Käufer die zugesicherte Eigenschaft bloß nicht ausschlaggebend, sondern nicht einmal mitbestimmend gewesen, so kann er, da er doch keinen Wert auf die Zusicherung beim Kaufabschluß legte, die wert- und bedeutungslos gebliebene Äußerung des Verkäufers später nicht dazu benützen, aus ihr die Gewährleistungspflicht des Verkäufers herzuleiten[78]). Gleichfalls kann nicht in Frage gestellt werden, daß auch jeder Fehler im Sinne des § 459 Abs. 1 Gegenstand einer Zusicherung sein kann. Eine Beschränkung der Zusicherung auf solche Eigenschaften, die nicht für die Fehlerhaftigkeit nach § 459 Abs. 1 in Frage kommen, wie Goldmann-Lilienthal[79]) meint, ist nicht gerechtfertigt. Richtig ist, daß auch das Nichtvorhandensein von Fehlern unter den Begriff der Eigenschaft fällt[80]). Obschon nicht jede Zusicherung zugleich ein Fehler sein muß[81]), so besteht aber doch die Möglichkeit, daß beides im Einzelfall zusammentrifft[82]).

Noch keine eingehende Beachtung hat bisher das Wort Zusicherung gefunden. Bereits oben[83]) wurde darauf hingewiesen, daß einige Schriftsteller[84]) den Zusicherungsbegriff in § 459 Abs. 2 und § 463 verschieden auffassen, und zwar eben hauptsächlich deshalb, weil sie die Fehlerhaftigkeit gemäß § 459 Abs. 1 übermäßig einschränken. Sie unterscheiden nämlich zwischen einseitiger Angabe (Zusage) nach § 459 Abs. 2 und Zusicherung im Sinne von § 463 Satz 1 als einer vertragsmäßigen Garantie. Dieser Anschauung muß aber auf das entschiedenste entge-

---

74) Vgl. die weiteren Beispiele bei Schloßmann.
75) RG. 47/129; Soergel, § 459, II, 1, S. 790.
76) Warneyer, § 459, X, S. 867; Soergel, § 459, II.
77) Planck, § 459, 2b, S. 700; auch Warneyer, a.a.O.
78) ZBlFG., Bd. 4, S. 258; vgl. auch Soergel, § 459, II, 2, S. 791.
79) Goldmann-Lilienthal, I, S. 493.
80) Vgl. RG. JW. 1934, S. 2906.
81) Siehe Enn.-Lehm., § 108, II, 1b. S. 365.
82) Leonhard, II, § 22, S. 50; Hedemann, § 37, Va, Nr. 2, S. 235.
83) Seite 6.
84) Neben den schon gen. Haymann u. Leonhard noch Wolff, JheringsJ. 56, S. 1 ff.; Oertmann, § 459, S. 594; Dernburg, II, 2, S. 62.

gengetreten werden. Es ist nämlich mit dem RG.[85]) eine in bindender Absicht gegebene und angenommene, kurz eine vertragsmäßige Zusicherung, für beide Bestimmungen zu fordern. Kann man schon für die Einschränkung des Fehlergebriffs kein genügendes Verständnis aufbringen, so muß man doch, wie das höchste deutsche Gericht feststellt, daran festhalten, daß nach der Grundnorm für das Schuldrecht, welche im § 305 verankert ist, zu einer schuldrechtlichen Verpflichtung, soweit nicht ausdrücklich entgegenstehende Bestimmungen vorhanden sind, ein Vertrag notwendig ist. Eine Abweichung ergibt sich aus den Vorschriften über die Gewährleistung aber durchaus nicht. Dafür findet sich ein Beleg im § 492. Hier heißt es: „Übernimmt der Verkäufer die Gewährleistung wegen eines nicht zu den Hauptmängeln gehörenden Fehlers oder sichert er eine Eigenschaft . . . zu . . .". Daraus ergibt sich klar, daß die Gewährleistung wegen eines Fehlers durch vertragsmäßige Übernahme eintritt, da es geradezu absurd wäre, die Zusicherung selbst als ein weniger gegenüber der Übernahme zu charakterisieren. Dem RG. ist auch der weitaus überwiegende Teil der Literatur gefolgt[86]).

Aber es muß auch festgestellt werden, daß nicht jede bei Gelegenheit der Kaufverhandlungen über den Kaufgegenstand abgegebene Erklärung, nicht jedes dictum des Verkäufers als Zusicherung zu betrachten ist. Eine „Aussage, die als ernstlich gemeint und mit dem Anspruch auf Glaubwürdigkeit abgegeben wird", ist noch keine Zusicherung[87]). Wohl ist damit schon von einer nach dem Vertrag vorausgesetzten Eigenschaft die Rede. Aber was nach dem Vertrag vorausgesetzt wird, ist noch nicht als zugesichert anzusehen, da andernfalls jede nach dem Vertrag vorausgesetzte Eigenschaft als zugesichert angesehen werden müßte[88]). Ebenfalls scheiden leere, nichtssagende Angaben, Reklamen, ohne weiteres aus und sind nicht als Zusicherung anzusehen[89]). Schon die Motive zum BGB.[90]) besagen, daß aus Lage der Sache sich annehmen lassen müsse, die vom Verkäufer betätigte Darlegung einer Eigenschaft sei ernstlich gemeint gewesen.

Ein äußerlicher Unterschied zwischen § 459 Abs. 2 und § 463 Satz 1 besteht darin, daß im erstgenannten Paragraphen von einer Eigenschaft zur Zeit des Gefahrenübergangs gesprochen, während im § 463 auf das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft bei Vertragsschluß abgestellt wird. Bei Antiquitätengeschäften spielt dieser Unterschied so gut wie keine Rolle. Man kann nämlich ohne weiteres sagen, daß die Eigenschaft — regelmäßig handelt es sich doch um die Echtheit der be-

---

[85]) RG. 53/200; 54/223; 95/120; 100/204; 101/70; 130/380, Seuff.A. 60/4, Gruch. 48/493; Recht 1916/1870; Warn. 1917 Nr. 100.

[86]) Henle, II, S. 608; Enn.-Lehm., § 108, II, 2, S. 390; Crome II, S. 457; Staudinger, § 459, IV, 1a, S. 136—137; RGRKom. § 459, Anm. 4; Warneyer, § 459, VIII, S. 866; Soergel, § 459, II, 2; Eccius, Gruch., Bd. 43, S. 309.

[87]) v. Tuhr, II, 1, S. 636.

[88]) Vgl. RG. 114/241.

[89]) Enn.-Lehm., § 108, S. 390; Staudinger, § 459, IV, 2, S. 139; Windscheid-Kipp, § 393, Nr. 2, S. 689.

[90]) Mot. II, S. 225.

treffenden Sache — schon bei und vor Vertragsschluß nicht vorhanden ist.

Von den Entscheidungen der obersten Gerichte auf dem Gebiete des Kunst- und Antiquitätenhandels in Hinsicht auf zugesicherte Eigenschaften sind folgende erwähnenswert: In einer bereits genannten RG.-Entscheidung[91]) hatte ein Tausch zwischen Kunsthändlern stattgefunden, auf den ja nach § 515 die Regeln über den Kauf entsprechende Anwendung finden. Ein Originalwerk des Malers Schreyer hatte der Kläger gegen ein Ölbild mit dem echten Signum von Hans Thoma getauscht. Letzteres war aber eine von einem anderen Maler übermalte Lithographie auf Grund einer Zeichnung von Thoma. Das Gericht verneinte eine Zusicherung nach § 463 Satz 1, die auch von der Klägerseite selbst nicht behauptet wurde und erkannte dem Kläger somit einen Schadensersatzanspruch ab. Wenn auch wegen der echten Signierung eine Zusicherung als überflüssig unterblieben sei, so hätten doch vertragsmäßig vorausgesetzte Eigenschaften noch nicht als zugesichert im Sinne des § 459 Abs. 2 zu gelten. Der Kläger habe es selbst zu verantworten, wie das RG. dann weiter ausführt, daß die an sich unbefriedigende Abweisung der Klage erfolgen muß, da er nicht hilfweise Wandlung begehrt habe. Nach dem Vertrag vorausgesetzt war, daß das Bild von H. Thoma gemalt sei. Somit ist es mit einem Fehler nach § 459 Abs. 1 behaftet. Hierzu bemerkt Haymann[92]), daß hier das Anormale, Fehlerhafte vielleicht in der echten Signierung der von einem Dritten vorgenommenen Übermalung gefunden werden könnte, was jedoch die Sache unnötig kompliziert und deshalb auch vom RG. nicht in Betracht gezogen wird.

Eine weitere Entscheidung des höchsten deutschen Gerichts[93]) gestattet die vom Kläger begehrte Wandlung auf Grund einer vertragsmäßigen Zusicherung der Echtheit nach § 463 Satz 1. Der Verkäufer hatte vor und bei Vertragsschluß zugesichert, daß es sich um zwei von Spitzweg gemalte Bilder „Die Dorfmusikanten" handle, und auch einen entsprechend hohen Preis mit dem Käufer vereinbart. Tatsächlich waren aber die Bilder von einem unbekannten Maler P. gemalt worden. Nach einigen Ausführungen über die Unechtheit als Fehlerhaftigkeit im Sinne der §§ 459 ff. mußte das RG. trotzdem das Wandlungsbegehren zurückweisen, da nach § 477 bereits Verjährung eingetreten war.

Ebenfalls kann man aus der Entscheidung[94]), aus welcher, wie schon erwähnt, im übrigen hervorgeht, daß allgemein im Kunsthandel das Recht zur Minderung ausgeschlossen ist, ersehen, daß der Verkäufer eine nicht vorhandene Eigenschaft zugesichert hatte, auf Grund dessen das Gericht dann die Gewährleistung für gegeben erachtete. Der Sachverhalt ergab nämlich, wie es in den Ausführungen des RG. heißt, daß das verkaufte Ölgemälde „Brücke" nicht von Camille Pissaro verfertigt war, mithin der von dem Kläger zugesicherten Eigenschaft entbehrte.

---

[91]) RG. 114/239.
[92]) Haymann, RG.Prax., S. 324.
[93]) RG. Gruch. Bd. 66, S. 452.
[94]) JW. 1927, S. 764, s. oben S. 2.

Besonders lehrreich ist eine im Herbst des Jahres 1934 ergangene RG-Entscheidung[95]). Der Verkäufer hatte hinsichtlich eines Bildes ausdrücklich zugesichert, daß er es aus Privatbesitz erworben habe und daß es dem Kunsthandel unbekannt sei. Das Gericht vermeidet es, darauf einzugehen, ob dies eine Fehlerhaftigkeit des Bildes im Sinne des § 459 Abs. 1 zur Folge hätte. Mit Recht stellt es sich auf den Standpunkt, daß da das verkaufte Bild nicht aus Privatbesitz stammte und dem Kunsthandel auch nicht unbekannt war, dies eine fehlende Eigenschaft nach § 459 Abs. 2 und § 463 sei. Denn, so heißt es weiter, der Begriff der Eigenschaft einer Kaufsache gehe über den Rahmen der den Wert und die Gebrauchstauglichkeit bestimmenden Umstände hinaus und umfasse keineswegs nur wertbildende Faktoren[96]). Auch sei für den Erwerber in dem zu entscheidenden Fall die Beziehung des Bildes zu Privatbesitz oder Kunsthandel von umso größerer Bedeutung gewesen, da der Verkauf ausdrücklich zum Zwecke der Weiterveräußerung des Bildes erfolgte, was aus der Vereinbarung über die Teilung des beim Weiterverkauf erzielten Mehrerlöses ohne Zweifel zu entnehmen war. Die Schlüssigkeit des Schadensersatzanspruches aus § 463 Satz 1 wurde folglich bejaht.

Das OLG. Hamburg[97]) hatte zu entscheiden über die Versteigerung einer Sammlung von Ölgemälden. Kaufliebhabern war ein Katalog zugesandt worden. Die gekauften Bilder erwiesen sich als unecht. Das OLG. stellte fest, daß die im Vorwort eines Gemäldekatalogs zugesicherte Zugehörigkeit eines Gemäldes zu einer anerkanntermaßen sachverständig zusammengestellten Sammlung eine werterhöhende Eigenschaft darstelle. Und dies sei noch besonders von Erheblichkeit dann, wenn die Echtheit nicht verbürgt werde. Dem Wandlungsanspruch wurde somit stattgegeben.

Interessant ist auch, obschon dies im Antiquitätengeschäft wohl selten vorkommen wird, ein vom OLG. München[98]) entschiedener Fall. Gegenstand des Kaufvertrags waren zwei Brillantringe, deren Steine sich nicht als rein erwiesen hatten. Wohl konnte dies nicht mit bloßem Auge, sondern nur mit Hilfe der Lupe erkannt werden. Das Gericht zweifelte daran, ob der von Sachverständigen behauptete, im Juwelenhandel bestehende Geschäftsgebrauch, daß dem kaufenden Publikum gegenüber Steine, die einen mit dem bloßen Auge nicht erkennbaren Fehler haben, als rein bezeichnet werden, auch den Nichtkaufmann der ihn nicht kennt, bindet, zumal eben nicht feststeht, daß die Zusicherung der Reinheit der Steine vom kaufenden Publikum verkehrsüblich dahin aufgefaßt wird, daß die Steine zwar Fehler, aber nur solche haben, die mittels einer Lupe erkennbar sind, denn auf die Verkehrssitte kann bei Auslegung der Verträge gemäß § 157 nur dann Rücksicht genommen werden, wenn kein abweichender Wille der Parteien festzustellen ist. Hier sei aber eine Zusicherung gegeben, die darin zu finden sei, daß der

[95]) RG. JW. 1934, S. 2906.
[96]) Siehe oben S. 13.
[97]) Soergel, § 459, II, 10, S. 795; HansGZ. 1918, Beibl. 115.
[98]) Recht, 1911, Nr. 2518; OLG. 22/224.

Beklagte dem Kläger oftmals versichert habe, die Steine seien ganz und tadellos rein, und weiterhin darin, daß er dem Kläger selbst die Lupe in die Hand gegeben habe, damit dieser die Steine besichtige. Daraus ließe sich eben nicht entnehmen, daß die Vertragsteile unter der verlangten und gegebenen Zusicherung der vollständigen Reinheit der Steine nur eine Reinheit in dem Sinne verstanden, daß sie zwar Fehler haben, daß diese aber mit bloßem Auge nicht erkennbar seien. Folglich erachtete das Gericht mit Recht die vom Kläger geforderte Wandlung auf Grund vertragsmäßiger Zusicherung[99]) für berechtigt.

In den bisherigen Ausführungen wurde nur das ungesetzliche Verhalten des Verkäufers insofern betrachtet, als dieser nicht vorhandene Eigenschaften ausdrücklich zugesichert. Ist es nun aber auch möglich, daß eine solche Zusicherung stillschweigend geschieht? Riezler[100]) lehnt die Möglichkeit stillschweigender Zusicherung gänzlich ab. Es seien nur die begleitenden positiven Umstände, welche zu einem Schluß auf eine rechtserhebliche Willensrichtung nötigten, entscheidend. Deshalb sei es am besten, sich an den radikalen Grundsatz zu halten, stillschweigende Zusicherung zur Begründung der Rechtsfolgen des § 463 in keinem Fall anzuerkennen[101]). Dieser Anschauung kann man jedoch nicht folgen, da sie in ihrer Allgemeinheit zu weit geht. Auch das RG. gibt in der Entscheidung[102]) welche Riezler zu seiner Ablehnung veranlaßt, die Möglichkeit stillschweigender vertragsmäßiger Zusicherung zu. Es bemerkt nämlich: „Mögen nun auch stillschweigende Zusicherungen nicht gänzlich ausgeschlossen sein, so können sie doch nur in seltenen Fällen angenommen werden". Es wird also zum Ausdruck gebracht, daß äußerste Vorsicht in der Annahme stillschweigender Zusicherungen gewahrt werden muß, um den Verkäufer vor einer zu weit gehenden, ihrem Umfang nach kaum vorher absehbaren Schadensersatzpflicht zu bewahren. Ganz so vorsichtig braucht man nun doch wieder nicht zu sein. Von der weitaus überwiegenden Literatur wird nämlich anerkannt, daß die Zusicherung nicht ausdrücklich zu sein braucht[103]). Freilich wird man verlangen müssen, daß eine sorgfältige Prüfung sämtlicher maßgebender Umstände zu erfolgen hat, um eine stillschweigend abgegebene Zusicherung zu bejahen[104]). Insbesondere kann in dem beiden Vertragsteilen bekannten Verwendungszweck der Ware eine solche Zusicherung der für diesen Zweck erforderlichen Eigenschaften gefunden werden[105]).

[99]) Es wird in dieser Entscheidung auch das Wort „Zusage" gebraucht. Dies ist aber nicht so aufzufassen, als wenn damit die einseitige Zusicherung, wie sie z.B. Leonhard im Auge hat, gemeint sei, sondern es ist damit die nach der Praxis des RG. geforderte vertragsmäßige Zusicherung gemeint.

[100]) Riezler, JW. 1926, S. 2531, Anm. 6 zu Entsch.RG. 114/239.

[101]) Ablehnend auch Leonhard, II, S. 59; Krückmann, ArchZivPr. 101, S. 197, Anm. 29 u.a.

[102]) a.a.O.; auch z.B. RG. 70/82; Warn. 1910, Nr. 269.

[103]) RGRKom. § 459, II, 5b, S. 69; v. Tuhr, II, 1, S. 636; Warneyer, § 459, VIII, S. 866; Enn.-Lehm., § 108, S. 390; Schloßmann, S. 53; Koenige, § 377, Bem. 2c.

[104]) Staudinger, § 459 IV, 1a, S. 137; Soergel, § 459, II, 3; Oertmann, § 459, 5a.

[105]) Staudinger, a.a.O.

Was das für Umstände im einzelnen bei Geschäften mit Antiquitäten sein können, darüber geben folgende Entscheidungen höherer Gerichte Aufschluß. Das Oberlandesgericht Frankfurt a.M.[106]) sieht als Zusicherung nachstehende aus dem Sachverhalt sich ergebende Bedeutsamkeiten an. Eine Kunsthandlung hatte einer anderen zwei Bilder unter der Bezeichnung „Ölbilder von Adolph Menzel (1849), sie sind jüngst aufgefunden, sehr schöne Stücke" zum Kauf gegen des Preis von 25 000 Mk. angeboten, eine Mitteilung über die Provenienz der Bilder gemacht und angegeben, daß sie hierüber notarielle Urkunden in Händen hätte. Ferner schickte sie der kaufenden Kunsthandlung die Bilder trotz der großen Entfernung nicht zu, sondern ließ diese durch einen Angestellten hinbringen, und bezeichnete auch in der Quittung die Bilder ausdrücklich als Porträts von Menzel. Darauf wird dann von dem Gericht festgestellt, daß trotz fehlender ausdrücklicher Zusicherung die Kunsthandlung für die Echtheit einzustehen habe.

Auch die Höhe des Preises kann manchmal eine Rolle spielen. Eine Entscheidung des OLG. Rostock[107]) besagt hierüber, daß u.U. in der Bestimmung eines außergewöhnlich hohen Kaufpreises die Zusicherung besonderer Eigenschaften gefunden werden könnte. Jedoch dürfe man dies nicht verallgemeinern, nicht immer könne aus der Festsetzung des hohen Preises geschlossen werden, daß das Vorhandensein der diesem Preise entsprechenden Eigenschaften zugesichert sei.

In umgekehrter Hinsicht betrachtet die Dinge das OLG. Stuttgart[108]). Hinsichtlich einer vermeintlich echten Sèvres-Vase lehnte das Gericht eine Zusicherung deswegen ab, weil man eine stillschweigende Zusicherung wegen des geringen Preises aus den Umständen nicht entnehmen könne. „Eine solche Zusicherung der Echtheit der Vase läßt sich aus den Umständen nicht folgern, eben weil der Preis weit eher dem Wert einer Imitation als dem eines Originalstücks entspricht", heißt es in den Ausführungen des genannten OLG.

Nicht verfehlt ist es somit, eine Zusicherung der Echtheit anzunehmen, wenn der Verkäufer für einen alten Kunstgegenstand, der äußerlich gar nicht mehr so schön auszusehen braucht, einen hohen Preis verlangt.

Über stillschweigende Zusicherungen hat auch Kohler[109]) Ausführungen gemacht. Jemand sieht ein Bild, das er für einen echten Rubens hält und kauft dasselbe für einen entsprechenden Preis, ohne daß ihm die Echtheit ausdrücklich zugesichert wird. Später entdeckt er, daß das Bild mit Rubens nichts zu tun hat: er bringt es dem Gemäldehändler wieder zurück und verlangt sein Geld heraus. Kohler hält dies für richtig und sagt dann dazu treffend: „Nicht der Umstand, daß ich irrtümlich das Gemälde für ein echtes halte, ist entscheidend, sondern derjenige, daß das Gemälde als echtes verkauft worden ist und daß diese Bezeichnung im Vertrag in Disharmonie steht mit der verkauften Sache!"

---

[106]) Recht, 1908, Nr. 1527.
[107]) SeuffA. Bd. 65/182, S. 345.
[108]) DJZ. 1904, S. 512.
[109]) JheringsJ. 28/258—59.

Stillschweigende Erklärung, daß es sich um ein echtes Bild handelt, könne jedenfalls immer dann erfolgen, wenn das Bild in sofort ersichtlicher Weise mit dem Namen des Malers bezeichnet ist oder wenn es als solches im Katalog der Kunsthandlung steht.

Weiterhin führt Oertmann[110]) einen Fall, der eine alte Briefmarke betrifft, an. Wenn nämlich jemand eine Helgolandmarke erster Emission oder einen alten Hamburger Briefumschlag zum Kauf vorlegt und dafür den Preis von 10 Mk. verlangt, so liegt darin auch ohne jede weitere ausdrückliche Bemerkung die Zusicherung, daß es sich um ein Original und nicht um einen für den entsprechenden Pfennigbetrag erhältlichen Nachdruck handelt. Gleichfalls ist, wie Oertmann sagt, im Verkauf einer gestempelten Briefmarke meist ohne weiteres eine Zusicherung der Echtheit des Stempels zu sehen. Man sieht somit, daß neben dem Preis auch die Eigentümlichkeit des Kaufobjekts von Bedeutung sein kann.

Für den Käufer hat die Zusicherung deshalb besonderen Wert, weil der § 463 S. 1 ihm neben dem schon in § 462 gegebenen Wandlungsrecht noch einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt, wobei, damit der Käufer letztgenannten Anspruch geltend machen kann, ihm auch gleichzeitig das Recht auf Wandlung unbedingt zustehen muß[111]). Dieser Anspruch geht auf Ersatz alles dessen, was der Käufer haben würde, wenn die Sache die zugesicherte Eigenschaft hätte. Der § 463 gewährt also Ersatz des positiven Interesses. Der Käufer hat die Möglichkeit, die Sache zu behalten und den Mehrwert zu fordern, den sie bei einer dem Vertrag entsprechenden Beschaffenheit gehabt hätte, somit die Differenz zwischen dem realen Wert und dem vertragsentsprechenden Wert[112]). Bei mangelndem Interesse, was beim Kauf von Fälschungen regelmäßig der Fall sein wird, kann der Käufer sich auch auf den Standpunkt stellen, der Verkäufer habe überhaupt nicht erfüllt; folglich kann er die Sache zurückgeben und denjenigen Schaden geltend machen, der sich aus der Nichterfüllung ergibt, was insbesondere Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises und Erstattung der Vertragskosten bedeutet[113]). Zu beachten ist, daß, wenn der Käufer Schadensersatz wählt, er natürlich nicht mehr wandeln kann, da nur wahlweise Geltendmachung der Ansprüche gestattet ist[114]). Ausschließlich handelt es sich bei § 463 um einen Spezieskauf[115]), sodaß in keinem Fall Hinzufügung der zugesicherten Eigenschaft oder Beseitigung des Fehlers nach § 463 Satz 2, auf den im folgenden eingegangen werden wird, ebensowenig Naturalrestitution wegen der Schwierigkeiten für den Verkäufer in Frage kommen kann, sondern der Ersatz ist in Geld zu leisten[116]).

[110]) § 459, 5,a, S. 595.

[111]) Soergel, § 463, 1, S. 799; Lent, I, S. 213 ff.

[112]) RG. 59/156; 61/252; 63/104; 66/338; Recht 1909, Nr. 1668; Warneyer, § 463, VII.

[113]) Planck, § 463, 4, S. 709; Eccius, S. 335; Enn.-Lehm., § 108, III, 2; Kreß, § 26, Anm. 111; v. Gierke, III, § 194, Anm. 45; a.M.: z.B. Henle, II, S. 622; weitergehend RG. 52/ 55; 90/334; 95/335; auch Heck, § 987, 11.

[114]) Oertmann, § 463, 8a, S. 610; Planck, § 463, 3.

[115]) RG. Recht, 1918, Nr. 38.

[116]) Henle, II, S. 622; Planck, § 463, 4, S. 709.

§ 4. Das arglistige Verschweigen eines Fehlers und das arglistige Vorspiegeln einer Eigenschaft.

Das Gesetz gewährt in § 463 Satz 2 den eben genannten Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auch dann, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat. Dieses Verschweigen wird vom Gesetz in gleicher Weise mißbilligt, wie das Zusichern einer nicht bestehenden Eigenschaft.

Das bürgerliche Recht hat über den Begriff „Arglist" keine genaue Bestimmung getroffen. Nicht im Rahmen dieser Abhandlung liegt es, den Begriff der Arglist, über den schon sehr viel geschrieben worden, jedoch eine klare, befriedigende unstreitige Begriffsfestlegung noch nicht erzielt worden ist, einer genauen Untersuchung zu unterziehen. Scheint es auch so ziemlich ausgeschlossen, eine völlig erschöpfende Definition zu bilden, genügen mag die Feststellung, daß die Arglist sich stets als ein unmoralisches und gesetzwidriges Verhalten einer Partei darstellt, welche den Irrtum des Gegners kennt und das Bewußtsein hat, eine durch diesen beeinflußte Willenserklärung herbeizuführen.

Bei § 463 Satz 2 ist aber nicht ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem arglistigen Verhalten des Verkäufers und dem Kaufwillen des Käufers notwendig[117]). Auch deckt sich der Tatbestand des arglistigen Verschweigens weder mit dem des Betrugs nach § 263 StGB., noch deckt er sich schlechthin mit den Erfordernissen des § 826 BGB.[118]).

Das Gesetz vermeidet es gleichfalls, eine nähere Bestimmung über das arglistige Verschweigen an sich zu geben. Rechtsprechung und Wissenschaft haben sich bemüht, hierüber Klarheit zu schaffen. Von dem Verschweigen eines Mangels kann man nur dann sprechen, wenn er dem Verkäufer bekannt gewesen ist oder wenn der Verkäufer zumindestens das Vorhandensein des Mangels für möglich gehalten hat. Nicht genügt etwa ein bloßes Kennenmüssen. Arglistig verschweigt der Verkäufer etwas, um den Käufer zu täuschen. Es liegt also ein auf Täuschung gerichtetes und dazu geeignetes Verhalten vor[119]). Der Verkäufer muß annehmen, daß die Mangelhaftigkeit dem Käufer unbekannt sei oder sein könne[120]), oder zumindest vermuten, daß dieser bei Kenntnis derselben den Vertrag überhaupt nicht oder nur unter anderen Bedingungen abschließen würde[121]). Außerdem muß er sich bewußt gewesen sein, daß der Mangel erheblich war, daß der Käufer also durch seine Unkenntnis zum Vertragsschluß bewogen wurde. Anders daher, wenn er den Mangel für nicht bedeutsam hielt und ihn vielleicht nur deshalb, weil es ihm peinlich war, verschwieg[122]).

---

[117]) Soergel, § 463, 3, S. 800 u. die dort zit. Rechtspr.; Planck, § 463, Nr. 2, S. 708; Warneyer, § 463, IV.

[118]) RG. 67/146; Staudinger, § 463, 5, S. 162.

[119]) RG. 62/302; Staub, § 377, Anm. 148.

[120]) RG. 55/214; 62/312; RGRKom., § 460, 3, S. 74; Warneyer, § 460, IV, S. 791; Soergel, § 460, 4, S. 796; Achilles-Greiff, § 460, 6.

[121]) Vgl. RG. JW. 1936, S. 1433.

[122]) RG. SeuffA., 62, Nr. 179; BayZ. 1, S. 395; s.a. Leonhard II, S. 60.

Als arglistig kann man ein solches Verschweigen aber nur dann bezeichnen, wenn eine besondere Pflicht zur Aufklärung über Fehler seitens des Verkäufers beim Vertragsschluß besteht. Hierbei ist die Verkehrsauffassung bestimmend; diese erfordert nämlich nicht die Offenbarung jedes Fehlers[123]), obgleich eine solche Offenherzigkeit in der Regel den sittlichen Anforderungen entsprechen mag[124]). Die Frage, wann eine Mitteilungspflicht des Verkäufers besteht, wird jedenfalls nur unter Zugrundelegung der Verkehrsauffassung im Hinblick auf die Eigenartigkeit des einzelnen Falles beantwortet werden können. Danach handelt der Verkäufer stets gesetzwidrig, wenn er es unterläßt, zu reden, falls Treu und Glauben dies statt Stillschweigen erfordern[125]).

Bei Geschäften mit Antiquitäten ist das von besonderer Bedeutung. Kaufabschluß und Preisfestsetzung können durch arglistiges Verschweigen bestimmter Umstände entscheidend beeinflußt werden.

Wie sich nun die oben angeführten Grundsätze in der Rechtsprechung auf dem Gebiete des Antiquitätenhandels auswirken, zeigen zwei Entscheidungen des RG. Eine davon[126]), welche in anderem Zusammenhang bereits erwähnt worden ist, hat den Verkauf einer „Stradivariusgeige" zum Gegenstand. Der Verkäufer hatte sechs Echtheitsatteste bei den Kaufverhandlungen vorgelegt, nicht aber ein siebtes Zeugnis eines hochgeschätzten Sachverständigen, das die Geige für unecht erklärte. In dieser Unterlassung sah das RG. ein arglistiges Verschweigen, wobei bemerkt werden muß, daß allerdings nur auf die Anfechtungsmöglichkeit nach § 123, worauf in den folgenden Ausführungen noch eingegangen werden wird, hingewiesen wurde. Jedenfalls wäre ein Anspruch aus § 463 Satz 2 auch schlüssig gewesen.

Passender ist eine andere RG.-Entscheidung aus dem Jahre 1927[127]), welcher folgender Tatbestand zugrunde lag. Unter Kunsthändlern war ein Ölgemälde mit verwischter Signatur, die von ihnen als die des bekannten Malers Ludwig Knaus gedeutet wurde, verkauft worden. Es wurde auch ein entsprechender Preis von 1000 Dollar, gemäß dem damaligen Geldwert also rund 4200 Mk., dafür gezahlt. Nachträgliche Feststellungen ergaben jedoch, daß das Bild nicht von Knaus, sondern von einem wenig bekannten Maler herrührte und bloß ungefähr 600 Mk. wert war. Der Verkäufer hatte das ursprünglich auf dem Bild befindliche, von dem Verfertiger desselben herrührende Signum „Werner" beseitigt. Das RG. legt unter Bestätigung der Begründung des Berufungsgerichts dar: nach der Verkehrsanschauung sei im allgemeinen der Signierung eines Bildes die Bedeutung beizumessen, daß sie die Urheberschaft desselben darstelle. Die Parteien hätten die verwischten Schriftzüge auf dem Bild als die Signatur von Knaus gedeutet und selbst der Signierung bei Vertragsschluß maßgebende Bedeutung bei-

[123]) Staudinger, § 460, 3a, S. 149; RGRKom., § 460, 3; RG. 62/150; 111/234 u.a.

[124]) RG. Recht, 1926, Nr. 225.

[125]) RG. 77/314; Staub, § 377, Anm. 162.

[126]) RG. Warn. 1916, Nr. 244, S. 394/396.

[127]) RG. Warn. 1927, Nr. 140, S. 245. Vgl. Soergel, § 463, S. 797; Haymann, RGPraxis, S. 324, Anm. 11.

gemessen. Gerade mit Rücksicht darauf habe der Kläger einen so hohen Kaufpreis bewilligt. Der Verkäufer sei folglich verpflichtet gewesen, dem Käufer auch solche ihm bekannte Umstände mitzuteilen, die der Auffassung der Signatur in dem maßgebenden Sinne entgegenstand. Ein solcher Umstand bestehe darin, daß das Bild zur Zeit des Erwerbes durch den Verkäufer die Signierung „Werner" getragen und er selbst diese beseitigt habe. Gesetzt den Fall, so heißt es dann weiter, der Käufer hätte gewußt, daß das Bild neben den schwer als eine Signierung erkennbaren und nur schwer als eine Signierung „Knaus" deutbaren Resten noch ein anderes Signum getragen habe, so wären seine Zweifel an der Echtheit des Bildes derart verstärkt worden, daß der Käufer, vom Kaufabschluß ganz abgesehen, gewiß einen Preis von 4200 Mk. nicht bewilligt hätte. Das RG. bemerkt dazu wörtlich: „Wenn der Beklagte — also der Verkäufer — die den Wert des Bildes bestimmende und sich auf die Signierung stützende Meinung habe, das Bild sei von Knaus, so habe er dem Kläger dabei nicht verschweigen dürfen, daß das Bild, als es in seine Hände gekommen, eine weitere Signierung „Werner" getragen habe. In diesem Verschweigen sei das arglistige Verschweigen eines Fehlers der Kaufsache zu finden; denn als ein zur Zeit des Kaufabschlusses noch vorhandener Fehler des Bildes sei es anzusehen, daß es ein früheres Signum Werner getragen habe, weil dadurch der Wert des Bildes fortdauernd beeinträchtigt werde".

Es sei eine bewußte Täuschung des Käufers gegeben, da der Verkäufer die Erheblichkeit des verschwiegenen Mangels für den Käufer gekannt habe. Folglich erklärte das RG. das Verlangen des Käufers nach Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 463 Satz 2, der durch Rückerstattung des Kaufpreises auf Grund der Bereitwilligkeit zur Rückgabe des Bildes zu befriedigen war, für gerechtfertigt.

Aus allen diesen Ausführungen kann entnommen werden, daß es ein allgemeines Recht darauf, daß die Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen wird, also eine allgemeine Aufklärungs- und Offenbarungspflicht, nicht gibt. Verschweigen an sich ist demnach noch nicht gesetzwidrig. Wie gesagt, kommt es immer auf die Verkehrsauffassung nach Lage des einzelnen Falles an, ob das Verhalten des Verkäufers als illoyal bezeichnet werden muß[128]).

Diese Grundsätze, welche von Rechtsprechung und Wissenschaft im Laufe der Zeit herausgebildet worden sind, blieben nicht ganz unbestritten. So meint Brodmann[129]), dadurch, daß alles von einer angeblichen Verkehrsauffassung abhängig gemacht wird, werde von vorneherein auf eine rationelle Lösung verzichtet. Die Verkehrsauffassung sei jedoch in zweifelhaften Fällen ihrer selbst nicht sicher, vielmehr erwarte sie umgekehrt von den Gerichten das entscheidende Wort. Müller-Erzbach[130]) billigt diese Auffassung Brodmanns und sucht das Problem aus dem Gesichtspunkt der Interessenlage zu lösen. Je mehr die Interessen der Beteiligten einander entgegengestellt sind, so meint er, desto weni-

[128]) Siehe auch Graf, S. 35.
[129]) Brodmann, in Ehrenbergs Handb., IV, 2, S. 73.
[130]) Müller-Erzbach, a.a.O., S. 36/37.

ger Offenheit könne gefordert werden. Legen doch u.a. das BGB. und das HGB. demjenigen, der in Verfolgung fremder Interessen oder für eine Interessengemeinschaft handelt, weitgehende Offenbarungspflichten auf[131]). Nicht aber gelte das bei den im Interessengegensatz stehenden Käufer und Verkäufer. Diese beiden Vertragsbeteiligten könnten somit am wenigsten Aufklärung von einander erwarten.

Dies wird man jedoch nicht so ohne weiteres anerkennen können. Heute, wo der Hauptsatz der nationalsozialistischen Weltanschauung „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" auch im Rechtsleben seine Gültigkeit hat, muß strenger denn je auf Wahrung der Sittlichkeit und Moral im Wirtschaftsverkehr gesehen werden. Auch im Schuldrecht besteht gewissermaßen ein Pflichtverhältnis zwischen den Beteiligten. Dieses fordert insbesondere Offenlegung wesentlicher Umstände[132]).

Das darf indessen nicht zu einer Überspannung der Offenbarungspflichten führen. Besonders bei Käufen zwischen Antiquitätenhändlern wird man anerkennen müssen, daß hier das Bemühen des Verkäufers, einen möglichst günstigen Vertragsabschluß zu erzielen, nicht illoyal ist. Nur ganz besondere Umstände, wie z.B. solche in der zitierten Entscheidung[133]), bei der die Parteien ja Kunsthändler waren, können zur Annahme eines arglistigen Verschweigens führen.

Nicht so genau wird man dies zu nehmen haben, wenn der Käufer ein Laie ist und aus Freude an schönen Kunstgegenständen im Antiquitätengeschäft einen alten Gegenstand erwirbt. Das besondere Vertrauen des kaufenden Kunstsammlers bedarf hier eines gewissen Schutzes. Freilich kann auch in diesem Fall die Pflicht zur Aufklärung nicht unbegrenzt sein. Man darf nicht verlangen, daß der Verkäufer Mitteilung von allen nur möglichen geringen und geringsten Tatsachen macht und somit seine sämtlichen Verkaufsaussichten aufs Spiel setzt. Sache des Richters ist es eben, hier unter vollständiger Berücksichtigung der besonderen Lage des Einzelfalls eine Verletzung der Pflicht zum gesetzmäßigen Handeln seitens des Verkäufers anzunehmen und folglich dem Käufer die Gewährleistungsrechte zu gewähren.

Nach dem RG.[134]), dem sich auch die Oberlandesgerichte angeschlossen haben[135]), ist es dem arglistigen Verschweigen gleichzusetzen, wenn der Verkäufer beim Vertragsschluß eine Sacheigenschaft betrüglich vorspiegelt, also nicht zusichert, sondern nur als vorhanden vorgibt. In gleicher Weise wie arglistiges Verschweigen wird es analog § 463 Satz 2 vom höchsten deutschen Gericht für ungesetzlich angesehen, wenn ein Antiquitätenhändler z.B. fälschlich vorspiegelt, daß eine alte Porzellanfigur eines der Ersterzeugnisse der Meißener Manufaktur sei, ohne daß diese Behauptung zum Vertragsinhalt gemacht wird. Der

[131]) Vgl. d. §§ 666, 675, 681 BGB.; §§ 384 Abs. 2 u. 3 und 407 Abs. 2 HGB. u.a.

[132]) Lange, S. 70/71.

[133]) RG. Warn. 1927, S. 245.

[134]) RG. 66/337; 83/242; 92/295; 96/156; 99/121; 103/160, 132/78, Recht 1912, Nr. 2024; 1913 Nr. 331; Warn. 1913 Nr. 282; 1914 Nr. 180; 1920 Nr. 3; 1922 Nr. 40; HöchstrRsp. 1933 Nr. 11.

[135]) OLG. 18/61; SeuffA. 67/358 u.a.

Täuschende entwickele dabei — so drückt sich das RG. aus — eine positive Tätigkeit, indem er durch seine betrügerischen Angaben auf die Willensbildung des Käufers hinsichtlich des Vertragsabschlusses einwirke. Zwar bestehe keine ausdrückliche Gesetzesvorschrift für die ausdehnende Anwendung des § 463 Satz 2, der dem auf diese Weise getäuschten Käufer einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zubillige — es bestehe eben eine Lücke im Gesetz —, aber dies sei wegen der Wesensgleichheit der arglistigen Vorspiegelung mit dem arglistigen Verschweigen doch gerechtfertigt[136]).

Den Analogieschluß des RG. verteidigen die Reichsgerichtsräte Jeß[137]) und Kiehl[138]), indem sie u.a. anführen: der § 463 Satz 2 gewähre dem Käufer, der von dem Verkäufer durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers betrogen worden sei, einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Obwohl der Tatbestand des § 463 S. 2 schon eine Regelung in den §§ 823 Abs. 2 und 826 gefunden habe, gehe der ausdrückliche Wille des Gesetzgebers, weil er den Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung nicht für ausreichend halte, dahin, den Verkäufer nicht nur auf Wiederherstellung des früheren Zustandes (§§ 249 ff.), sondern auch auf Erfüllung des durch seine Arglist wesentlich beeinflußten Vertrags haften zu lassen. Schon die Motive[139]) zum Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuchs drückten sich dahingehend aus, daß das Bedürfnis bestehe, den unredlichen Veräußerer im Interesse tunlichster Sicherung des Verkehrs mit empfindlichen Nachteilen zu bedenken. Zweck und Sinn des § 463 Satz 2 sei es, den Grundsatz der Vertragstreue zu wahren. Dieser werde aber von einem eine Eigenschaft arglistig vorspiegelnden Verkäufer noch bedeutend gröblicher verletzt als von einem Veräußerer, der es unterläßt, auf einen vorhandenen Mangel hinzuweisen. Ein Erfordernis der Billigkeit sei es deshalb, die im Gesetz enthaltene Lücke mit Hilfe der Analogie zu überbrücken und den betrügerischen Verkäufer für arglistige Vorspiegelungen genau so streng haften zu lassen, wie für ein im § 463 Satz 2 bezeichnetes Verhalten.

Gegen diese Erwägungen wenden sich manche Schriftsteller[140]) und kommen zu dem Ergebnis, daß, da die Vorschrift des § 463 S. 2 hinsichtlich der Rechtsfolgen eine Sondervorschrift sei, welche zu einer Steigerung der durch § 459 begründeten Haftung führe, diese nicht auf Vorspiegelungen ausgedehnt werden könnte. Folglich käme nur eine Haftung aus unerlaubter Handlung (§§ 823 Abs. 2, 826) in Frage, die dem Käufer das negative Interesse gewährt[141]).

Dies kann aber nicht als richtig bezeichnet werden. Besteht doch gar kein sachlicher Grund für eine verschiedene Behandlung. Im Gegen-

[136]) Vgl. insbes. RG. 66/338; JW. 1907, S. 670.

[137]) Jeß, Recht 1914, S. 81 ff.

[138]) Kiehl, JW. 1914, S. 497 ff.; auch der unter dem Pseudonym Modestus Lipsiensis schreibende Schriftsteller drückt sich im Recht 1908 S. 500 u. 739 ff. im Sinne des RG. aus.

[139]) Mot. II, S. 229.

[140]) Matthießen, JW. 1913, S. 516 ff.; Riehl, Recht 1914, S. 469 ff.

[141]) Zustimmend auch Staudinger, § 463, 3c, S. 160; Kreß, § 26 Anm. 113-114, S. 23/24; Planck, § 463, 8, S. 710; Haymann, RG.-Prax. S. 343 ff.; Oertmann, § 463, 5 b.

teil, man kann nicht nur, wie oben schon angedeutet, sagen, daß, wenn schon für das bloße Verschweigen gehaftet werde, dann umso mehr für das positive Behaupten von Eigenschaften, sondern es kann sogar, wie Leonhard[142]) treffend bemerkt, angeführt werden, daß sich beides oft gar nicht voneinander unterscheiden läßt. Spiegelt der Verkäufer beispielsweise vor, daß die verkaufte Ware frei von schädlichen Beimischungen sei, und verschweigt er dabei eine andere Beimengung, so läßt sich gar nicht mit Sicherheit sagen, welcher dieser beiden Umstände maßgebend sein soll. Als ausschlaggebend muß ferner jedenfalls das berechtigte Bestreben erachtet werden, den Betrügern überall entgegenzutreten. Die überwiegende Mehrheit der Wissenschaftler hat sich auch der Rechtsprechung angeschlossen[143]).

Weiterhin ist nicht einzusehen, warum der Käufer, wie es das RG. in folgerichtiger Durchführung seines Analogieschlusses tut[144]), nicht auch zur Wandlung oder, was aber bei alten Kunstgegenständen nicht in Frage kommt, Minderung berechtigt sein soll[145]). Ein triftiger Grund hierfür besteht durchaus nicht[146]). Nur in einem Falle, der aber in anderer Richtung liegt, erkennt das RG. eine unterschiedliche Behandlung an. Bei Vorspiegelungen anderen Inhalts als von Eigenschaften der Kaufsache geht nämlich nach der Regel des § 249 der Schadensersatzanspruch lediglich auf Herstellung des Zustandes, der ohne die Täuschung sein würde, also auf Ersatz des negativen Interesses[147]); der Verkäufer kann nicht wie sonst das positive Interesse beanspruchen.

§ 5. Die Frage der Haftung des Verkäufers für fahrlässiges Verschweigen oder fahrlässig falsche Angaben.

Hat der Veräußerer eines alten Kunstgegenstandes neben seiner Gewährleistungspflicht auch für Fahrlässigkeit einzustehen? Das Gesetz selbst nimmt dazu keine Stellung. Nichtsdestoweniger ist dieses Problem insofern von Bedeutung, als die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, wie das Bürgerliche Gesetzbuch in § 276 Abs. 1 S. 2 den Begriff der Fahrlässigkeit definiert, hier unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluß als illoyal bezeichnet und folglich dem Käufer ein Anspruch auf Liquidierung seines durch die Fahrlässigkeit des Verkäufers entstandenen Schadens zugebilligt werden könnte.

[142]) Leonhard, II, S. 60.

[143]) Neben Leonhard, a.a.O., noch Dernburg, II, 2, § 185 Anm. 2e, S. 74; Soergel, § 463, 4, S. 800; Enn.-Lehm., § 108, III, 1c, S. 368; Cosack, I, § 188; S. 555; Ritter, § 377, 18e, S. 560; Heck, § 87, 10, S. 273; Warneyer, § 463, VI; Staub, § 377, Anm. 149b; 159; Dür.-Hachenburg IV, Einl. Anm. 199 u. V, Anm. 230; v. Gierke III, § 194, Anm. 43; Schneider, ArchBürgR. 39/6 f.

[144]) RG. 92/295; JW. 1913, S. 197.

[145]) So Matthießen, JW. 1913, S. 516 f.; Cohn, JW. 1913, S. 1013.

[146]) wie RG. Soergel, § 463, 4, S. 800; Dernburg, II, 2, § 185, Anm. 2e, S. 74 f., v. Gierke, III, § 194, Anm. 43.

[147]) RG. Gruch. 55/348 f.; 66/337; 103/156; Warn. 1912, Nr. 60; a.M.: Hagen, JW. 1911, S. 348 ff.; Krauße, JW. 1929, S. 557 (tritt grundsätzlich für Geldersatz ein).

Allgemein wird wohl die Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß, die sog. „culpa in contrahendo" im Einklang mit der Wissenschaft von der Rechtsprechung grundsätzlich bejaht[148]). Besonders bemerkenswert in dieser Richtung sind die Ausführungen des RG. in einer im Jahre 1928 ergangenen Entscheidung[149]): Obwohl im BGB. eine ausdrückliche Bestimmung über die culpa in contrahendo fehle, sei doch in der Rechtsprechung anerkannt, daß schon die Vertragsverhandlungen, selbst wenn sie nicht zum Vertragsabschluß führten, ein vertragsähnliches Vertrauensverhältnis zwischen den Beteiligten erzeugten, das diese zur Beachtung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt verpflichte. Demzufolge hätten nicht nur wissentliche oder fahrlässig wahrheitswidrige Behauptungen zu unterbleiben, sondern zum Inhalt dieses Vertrauensverhältnisses gehöre auch eine nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr erforderliche Offenbarungspflicht der Beteiligten für solche Tatsachen, die für die Entschließung des anderen Teiles erkennbar von Bedeutung sein könnten.

Jedoch hat sich das RG. über die Frage der Zulässigkeit der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß bei mit Mängeln behafteten gekauften Sachen einesteils verneinend, andernteils bejahend geäußert. In einer Entscheidung[150]) führt es über den allgemeinen Grundsatz der Haftung für Verschulden bei Vertragsschluß folgendes aus: „Er (der Grundsatz) muß aber gegenüber ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen für ein einzelnes Rechtsverhältnis zurückstehen. Das trifft zu bei der Haftung des Verkäufers wegen Verschweigens eines Fehlers und wegen falscher Zusicherung von Eigenschaften einer Kaufsache (§ 463)". Der gleichen Meinung ist der zweite Ziv.-Senat des RG., der am Ende seiner schon oben erwähnten Entscheidung[151]), über das fälschlich angefertigte J. van Ruisdael-Gemälde noch bemerkt, daß der Ausschluß der Haftung durch die Gewährschaftsregelung im Schuldrecht des BGB. auch wegen eines nur fahrlässigen Verschuldens beim Vertragsschlusse bei Angaben über Sacheigenschaften zu gelten habe.

Anders äußert sich das gleiche Gericht in einigen anderen Entscheidungen[152]). So heißt es in einer von diesen[153]), daß, da keine Haftung wegen arglistiger Verschweigung oder Vorspiegelung eines Fehlers in Frage komme, auch unbedenklich ein auf Verschulden bei Vertragsschluß gestützter Schadensersatzanspruch der kurzen Verjährung nach § 477 unterstellt werden könne, wenn seine Grundlage die schuldhaft mangelhafte Lieferung einer Kaufsache betrifft. In gleichem Sinn das OLG. München[154]): „Die Haftung wegen Verschuldens beim Vertragsschluß greift auch dann Platz, wenn der Kaufgegenstand zur Zeit des

---

148) Vgl. b. Leonhard, I, S. 545 d. in d. Anm. 257 genannten Entscheidungen u. die in Anm. 258 angef. Schriftsteller.

149) RG. 120/251.

150) RG. SeuffA. 78/18 (31.5.1922). Im gleichen Sinn später RG. DJZ. 1931, 1516.

151) RG. 135/346.

152) RG. 53/202; JW. 03, Beil. 69; Jur.Rdsch. 1928, S. 1575, 129/280.

153) RG. 129/281 = JW. 1930, S. 3472.

154) JurRdsch. 1930, S. 1982.

Kaufabschlusses mit Fehlern behaftet ist, der Verkäufer aber aus grober Fahrlässigkeit dem Käufer zusichert, daß ihm solche Fehler nicht bekannt seien, obwohl sie ihm bei Anwendung nur geringer Sorgfalt hätten bekannt sein müssen".

Scheinbar den endgültigen Ausschlag nach der negativen Seite, besonders, wenn man speziell Antiquitätengeschäfte ins Auge faßt, gibt die vor nicht allzu langer Zeit ergangene, auch schon in dieser Abhandlung erwähnte RGE.[155]). Der Verkäufer hatte fälschlich angegeben, daß Bild sei aus Privatbesitz erworben und dem Kunsthandel unbekannt. Das Gericht erläutert: „Dagegen war hier für eine Haftung des Bekl. aus einer fahrlässig falschen Angabe über Herkunft und Bekanntsein des Bildes aus Verschulden bei Vertragsschluß, wie das B.G. annimmt, kein Raum. Eben weil die diesbezüglichen Angaben des Bekl. nicht nur irgendwelche allgemeinen, wenn auch für den Vertragszweck bedeutungsvollen Umstände, sondern Eigenschaften des verkauften Bildes betrafen, und weil das Gesetz über die Haftung für Angaben über Eigenschaften einer Kaufsache eine besondere Regelung getroffen hat und eine solche Haftung nur eintreten läßt, wenn solche Eigenschaften ausdrücklich zugesichert oder arglistig verschwiegen sind, kann die sonst in der Rechtsprechung anerkannte Haftung für fahrlässig unrichtige Angaben über Umstände, die für die Erreichung des Vertragszwecks von Wert sind, hier nicht Platz greifen".

Trotzdem ist der Standpunkt des RG. als unhaltbar zu bezeichnen. Daß wiederholt der Versuch gemacht wird, einen Schadensersatzanspruch auf Grund der „culpa in contrahendo" aufzubauen, zeigen schon in dem genannten Urteil die Worte „wie das B.G. annimmt". Anscheinend war also der Berufungsrichter von einer solchen ausgegangen. In der Tat ist dies auch gerechtfertigt, denn nicht immer, besonders im Falle fehlender Zusicherung, führen Sondervorschriften zum Ziele. Nicht selten kann dem geschädigten Käufer nicht durch Rückgängigmachung des Kaufs, sondern nur durch einen Schadensersatzanspruch geholfen werden. Ist auch schon nach dem ganzen Inhalt unseres Gesetzes die Ansicht, daß beim Kauf für Fahrlässigkeit nicht einzustehen sei, unberechtigt[156]). Hinzu kommt, wie Plum[157]) treffend bemerkt, daß im Falle von Sachmängeln die Tatbestände des Verschuldens bei der Erfüllung des Vertrags und bei den Vertragsverhandlungen einander ähneln, und oft so sehr ineinander überfließen, daß sie mit natürlichem Auge nur unsicher oder überhaupt nicht zu unterscheiden sind. Das beweist schon ein im Jahre 1904 ergangenes Urteil des höchsten deutschen Gerichts, aus dem hervorgeht, daß der Revisionsbeklagte das maßgebende Verschulden, welches das Gericht als solches bei der Erfüllung eines Vertrages ansah, als ein solches bei den Vertragsverhandlungen betrachtete.

---

[155]) RG. in JW. 1934, S. 2906; RG. 135/339 ja auch ablehnend! Vgl. ebenfalls JW. 1935, S. 1687; JW. 1936, S. 803.

[156]) Leonhard, II, S. 62 ff.; Enn.-Lehm., § 112, I, 3, S. 405.

[157]) Plum, JW. 1935, S. 1330.

Ebenfalls kann man mit Recht sagen, daß gerade unter den Fällen einer Fahrlässigkeit bei Vertragsschluß die Kaufverträge das Hauptanwendungsgebiet darstellen, und es wäre geradezu als ungeheuerlich zu bezeichnen, wenn man auf diesem wichtigsten Gebiet eine Haftung nach den Grundsätzen des Verschuldens beim Vertragsschluß ausschalten wollte. Sachliche Gründe dafür sind nicht vorhanden. Warum soll man den Verkäufer milder haften lassen als den Vermieter?[158]) Auch steht, was Plum[159]) richtig anführt, die Einengung einer solchen Haftung im Gegensatz zu der sonst so weiten Ausdehnung derselben durch das RG.[160]).

Ebenfalls sprechen dringendste Anforderungen der Gerechtigkeit dafür, den Verkäufer eines alten Kunstgegenstandes, wenn er fahrlässig falsche Angaben macht oder eine Eigenschaft verschweigt, haften zu lassen. Ein die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lassendes Verhalten des Verkäufers im Antiquitätengeschäft muß unbedingt als ungesetzlich bezeichnet werden. Folglich ist, wenn man den Tatbestand der hier bekämpften Entscheidung zugrundelegt, im Falle, daß ein Antiquitätenhändler, der einem Käufer fahrlässig falsche Angaben über die Herkunft eines Bildes macht und sich weder eine vertragsmäßige Zusicherung noch ein arglistiges Verhalten nachweisen läßt, dem Käufer ein Schadensersatzanspruch aus dem § 276 entnommenen Verschulden bei Vertragsschluß zuzubilligen.

Könnte man aber nicht die Auffassung vertreten, daß bei Käufen unter Kunsthändlern andere Grundsätze zu gelten hätten? Das RG.[161]) hat nämlich einmal festgestellt, daß unter Kaufleuten — Antiquitätenhändler sind dies ja regelmäßig — „ein fahrlässiges Verhalten des Verkäufers nur dann anzuerkennen sei, wenn sich dessen Verschulden nicht auf Eigenschaften der Sache selbst beziehe, sondern auf andere nebenher gehende bedeutsame Umstände, von denen er sich sagen mußte, daß sie zur Vereitelung des Vertragszweckes geeignet seien. Indes, so fragt Plum[162]), was könnte diesen Unterschied rechtfertigen? Sind doch das Fehlen von Sachmängeln und das Dasein von Eigenschaften im Sinne der §§ 459 ff. besonders wichtige Umstände im Hinblick auf den Vertragszweck. Das Gesetz hebt die Bedeutsamkeit einer solchen Beschaffenheit auch schon dadurch hervor, daß es für die Vereitelung oder Beeinträchtigung des Vertragszwecks durch den Mangel dieser Beschaffenheit den Verkäufer, sogar ohne Verschulden, wenn auch nicht in dem Maße wie bei Arglist oder vertraglicher Zusicherung haften läßt.

Ein Unterschied hinsichtlich der Person des Käufers ist somit allgemein nicht zu machen. Es kann folglich sowohl der kaufende Antiquitätenhändler als auch der einen altertümlichen Gegenstand erwerbende Laie einen Anspruch auf „culpa in contrahendo" gründen. Frei-

158) Leonhard, a.a.O.
159) Plum, a.a.O.
160) S. z. B.: RG. JW. 1928, S. 1285.
161) Jur.Rdsch. 1930, S. 37.
162) Plum, a.a.O., S. 1330.

lich wird man insofern eine Unterscheidung machen müssen, als auch hier die nach Treu und Glauben im redlichen Verkehr erforderliche Offenbarungspflicht, welche der Verkäufer gegenüber dem Käufer hat, und deren fahrlässige Verletzung eine Haftung aus „culpa in contrahendo" wegen fahrlässigen Verschweigens begründet, weitgehender ist, wenn ein Liebhaber eine Antiquität käuflich erwirbt. Somit kann gesagt werden, daß bei Käufen unter Kunsthändlern eine Haftung wegen fahrlässigen Verschweigens nicht so häufig gegeben sein wird, als wenn dies nicht der Fall ist.

Jedoch darf man nicht annehmen, daß die Haftung für Fahrlässigkeit seitens des Verkäufers genau so weit gehe, als die wegen Arglist. In den Fällen der letzteren muß er, wie oben ausgeführt wurde, den Erfolg herstellen, den der Käufer aus dem gültigen Geschäft erzielt hätte. Er hat also für das Erfüllungsinteresse einzustehen. Dies ist bei bloßer Fahrlässigkeit zu verlangen, wäre jedoch ungerechtfertigt. Nach der vorherrschenden Meinung in Literatur und Rechtsprechung hat deshalb der Verkäufer den Käufer so zu stellen, als wenn er von dem Geschäft nie etwas gehört hätte. Es wird folglich nicht das positive, sondern das negative Interesse gewährt[163]). In Ausnahmefällen kann dies auch dem positiven Erfüllungsinteresse entsprechen. So, wenn der Käufer z.B. einen echten Gegenstand in einem anderen Geschäft hätte kaufen können, aber im Vertrauen auf das abgeschlossene Geschäft dies nicht getan hatte[164]).

In diesem Zusammenhang sei auch die Möglichkeit einer positiven Forderungsverletzung seitens des Verkäufers im Antiquitätengeschäft, welche diesen ebenfalls nach § 276 dem Käufer gegenüber schadensersatzpflichtig macht, in Betracht gezogen. Der Verkäufer verletzt schuldhaft seine Erfüllungspflicht und die Literatur erkennt, obwohl im BGB. eine dahingehende ausdrückliche Vorschrift fehlt, an, daß dem Käufer ein Anspruch wegen Verletzung derselben auch neben den sonstigen Gewährschaftsrechten zusteht[165]). Ein Ausschluß durch die Vorschriften der §§ 459 ff. findet also keineswegs statt[166]).

Bei Geschäften mit Antiquitäten wird aber eine verschuldete mangelhafte Lieferung des Verkäufers oder eine schuldhafte Schlechterfüllung, also eine positive Forderungsverletzung kaum vorkommen. Die Unechtheit eines alten Kunstgegenstandes, um die es sich in der Regel handelt, ist ja schon beim Kaufabschluß vorhanden und kann nicht erst nach Vertragsschluß schuldhaft herbeigeführt werden. Lehmann[167]) erachtet eine positive Vertragsverletzung, also ein in diesem Sinne illoyales Verhalten des Verkäufers, dann für gegeben, wenn dieser zwischen

---

[163]) RG. 103/160; 120/251; 132/79; 143/221; Warn. 1920 Nr. 149; anders noch 59/155; 62/384; 63/110; Leonhard II, S. 64; Staub, § 347, Anm. 2a, S. 54; Koenige, § 347; Erl. 2a.

[164]) S. Koenige, a.a.O.; RG. 103/50.

[165]) RGRK. § 459, 7g, S. 72; Soergel, § 459, Vorbem. 5d, S. 786; Staudinger, § 459, Vorb. 5e, S. 120.

[166]) RG. 52/19; 53/201; 66/291; 68/193; Planck, § 462, 7c; Enn.-Lehm., § 112, I, 3, S. 404; Müller, Recht 1902, S. 577 ff.

[167]) Bei Enneccerus, a.a.O.

Kaufabschluß und der durch Übergabe erfolgten Erfüllung die Unechtheit des Kaufsgegenstandes erkannte oder in Erfahrung brachte, ohne dies dem Käufer mitzuteilen. Alsdann hätte der Verkäufer für den etwa aus diesem Verschweigen dem Käufer entstandenen Schaden auf Grund schuldhafter Verletzung seiner Erfüllungspflicht einzustehen.

Hinzuweisen ist noch auf die dem Verkäufer einer Antiquität zustehende Möglichkeit, die Einrede der Verjährung vorzubringen. Für die Geltendmachung der Gewährleistungsansprüche hat das Gesetz in § 477 im Interesse einer möglichst schnellen und reibungslosen Abwicklung eine Verjährungsfrist von sechs Monaten bestimmt. Jedoch kann sich ein Verkäufer, der einen Mangel arglistig verschweigt, nicht auf die kurze Verjährungsfrist berufen, § 477 Abs. 1 S. 1. In diesem Fall beträgt die Verjährungsfrist, da es sich bei den Gewährleistungsansprüchen um vertragliche Ansprüche handelt, nach § 195 30 Jahre[168]). Die gleiche, nicht unbeachtliche Verschärfung der Haftung des arglistig handelnden Verkäufers muß auch bei arglistiger Vorspiegelung eintreten[169]).

Bestritten ist, ob die aus den allgemeinen Bestimmungen des Schuldrechts hergeleitete Haftung des Verkäufers ebenfalls der Verjährung des § 477 unterliegt. Mit dem RG. und der h. L. ist dies sowohl hinsichtlich der culpa in contrahendo[170]) als auch bezüglich der positiven Vertragsverletzung[171]) zu bejahen, sodaß auch hier die Verjährung eine sechsmonatliche ist. Wäre es doch auch bei solcher Sachlage schwierig und mißlich, nach längerer Zeit Sachmängel zu ermitteln.

Zu bemerken ist indessen, daß die Rechtslage anders ist, wenn der Schadensersatzanspruch sich nicht auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache selbst, sondern auf Verletzung von anderen Pflichten, Nebenpflichten aus dem Kaufvertrag, gründet, die mit der Mangelhaftigkeit der Sache nicht unmittelbar zusammenhängen. Hier ist für die kurze Verjährungsfrist des § 477 kein Raum und es kommt die allgemeine dreißigjährige Frist des § 195 zur Anwendung[172]).

Zu denken wäre noch an die Möglichkeit eines abweichenden Handelsbrauches, der aber nur unter Kunsthändlern, welche Kaufleute sind, Gültigkeit haben könnte (§ 346 HGB.). Hinsichtlich des § 477 könnte ein solcher Brauch dann gegeben sein, wenn es der Übung und der allgemeinen Überzeugung der beteiligten Kreise, hier also der Kunst- und Antiquitätenhändler, entspricht[173]), daß ein alter Kunstgegenstand auch noch nach Jahren zurückgenommen wird, wenn sich nachträglich seine Unechtheit herausstellt. Dann könnte die Einrede der Verjährung einem

[168]) Staub, § 377, Anm. 146 u. 160, S. 239, 255; Kreß, § 26 Nr. 1 u. Anm. 116, S. 24; RGRK. § 477, 1, S. 92.

[169]) RG. Warn. 1913, Nr. 283; 1914 Nr. 180; Staub, a.a.O. a.M.: Oertmann, § 477, 5a; Kreß, a.a.O.

[170]) RG 53/200; 56/169; 93/160; 117/316; 129/282; 134/87, Leonhard, II, S. 75, Staudinger, § 477, 2g, S. 204; Staub, § 374, Anm. 203; Koenige, § 374, Erl. 2; a.M.: RGRK. § 477, 1 a.E.; Mueller, DJZ. 1906, S. 703 ff.

[171]) Vgl. Staub, § 374, Anm. 203, S. 876 u. d. dort zit. Rechtsp.

[172]) RG. 64/43; 71/175; 95/4; 129/283; 144/162; 148/296, s.a. Staub, § 377 Anm. 134, S. 226; Leonhard, II, S. 76.

[173]) RG. 110/48.

Antiquitätenhändler, der bei einem ebensolchen einen antiken Gegenstand gekauft hat, nicht entgegengehalten werden.

Das RG. verneint jedoch in der bekannten Entscheidung[174]) (J. v. Ruisdael-Gemälde!) das Vorliegen eines dahingehenden Handelsbrauches. Der Kläger hatte einen solchen damit zu beweisen versucht, daß er unter Berufung auf die Industrie- und Handelskammer behauptete, im „Kunsthandel seriöser Firmen" sei es üblich, bezüglich eines sich nachträglich als unecht erweisenden Bildes, das die Parteien als von einem bestimmten Meister herrührend angesehen hätten, noch nach Jahren die Verjährung des Wandlungsanspruchs nicht geltend zu machen. Jedoch kann, wie das Gericht darlegt, aus der Geschäftsübung der einen besonders hohen Rang im Kunsthandel einnehmenden Firmen, von dem der Kläger auch spricht, ein solcher Handelsbrauch mit Wirkung für diesen kaufmännischen Geschäftszweig insgesamt nicht entnommen werden. „Selbstverständlich — so heißt es dann treffend — kann jede Firma nach Belieben von der Erhebung des Einwands der Verjährung, die auch vom Gericht nicht von Amts wegen zu beachten ist, absehen und daraus für sich die gebotene Folge ziehen".

2. Abschnitt: Die rechtliche Bedeutung eines Irrtums beim Kauf von Antiquitäten.

§ 1. Der Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft gemäß § 119, Abs. 2.

Am Anfang dieser Arbeit wurde der Irrtum über eine Eigenschaft der gekauften Sache auf Seiten des Käufers als Rechtsgrund der Gewährleistung bezeichnet. Es taucht nun die Frage auf, ob als Rechtsbehelf, wenn der Verkäufer im Antiquitätengeschäft einen dem Willen des Käufers und dem Vertrag nicht entsprechenden altertümlichen Gegenstand veräußert, auch die Anfechtung wegen eines Irrtums über eine verkehrswesentliche Eigenschaft, wie es im § 119 Abs. 2 heißt, in Frage zu ziehen ist. Bewußt übergangen wird hier der Abs. 1 des § 119, der von einem Irrtum über den Erklärungsinhalt und über die Erklärungshandlung spricht, denn beim Erwerb von Antiquitäten wird diese Bestimmung nicht in Betracht zu ziehen sein. Will doch der Käufer einer vermeintlich originalen Kunstschöpfung diesen bestimmten Gegenstand erwerben und gibt folglich eine seinem Willen entsprechende Kauferklärung ab, die schließlich zum Vertragsschlusse führt. In keiner Weise weichen hier Wille und Erklärung von einander ab, sondern stimmen völlig miteinander überein.

Bei Irrtumsanfechtung macht der Käufer nicht die Rechte aus dem Vertrag geltend, sondern er will den Vertrag beseitigen, indem er diese gegenüber dem Anfechtungsgegner erklärt. (§ 143 BGB.). Dabei muß nicht etwa unbedingt der Ausdruck „Anfechtung" gebraucht werden, viel-

[174]) RG. 135/345.

mehr kann schon in dem Bestreiten einer Verpflichtung eine rechtlich genügende Anfechtungserklärung erblickt werden[175]).

Zunächst ist etwas über den Begriff der verkehrswesentlichen Eigenschaft zu sagen. Ins Auge fällt dabei sofort, daß im Gegensatz zu § 459 Abs. 2 und § 463 hier nicht eine Eigenschaft schlechthin genügt, sondern die Eigenschaft muß auch im Verkehr als „wesentlich" gelten. Und gerade über dieses Wort „wesentlich", das auch für alte Kunstgegenstände von besonderer Bedeutung ist, besteht in der Literatur ein großer Streit.

Eine Meinung[176]) betrachtet nur solche Eigenschaften als wesentlich im Sinne von § 119 Abs. 2, die für den Verkehr das Wesen der Sache ausmachen und deren Mangel die Sache nach der Verkehrsauffassung für Rechtsgeschäfte der betreffenden Art zu einer anderen macht. Enneccerus, der diese Formulierung geprägt hat, folgt hierbei dem Gemeinen Recht[177]). Dieses unterschied nämlich im Anschluß an das römische Recht, um zu einer genauen Abgrenzung zwischen wesentlichen und sonstigen Eigenschaften zu kommen, zwischen einem „error in substantia" und einem „error in qualitate". Nur der Substanzirrtum, so sagt das Gemeine Recht, sei von rechtlicher Bedeutung, denn dieser beziehe sich auf den Stoff der Sache und im Stofflichen wurde das Wesen des Gegenstandes, das für die Gattungszugehörigkeit Entscheidende gesehen. Somit muß, um einige Beispiele zu nennen, der Gegenstand, über den man sich irrt, nicht aus Gold, sondern aus Erz gefertigt, ein Diamant nur ein Rheinkiesel sein[178]), ein Sack Weizen sich als ein Sack Gerste herausstellen[179]). Dagegen sei es unbeachtlich, wenn ein Gemälde sich als Nachahmung erweist, ein silbernes Schmuckstück in Wirklichkeit nur versilbert, die Herkunft des Diamanten anders ist, eine wertvolle Briefmarke sich als Fälschung herausstellt, da hier zwar ein Irrtum über eine die Wertschätzung des Gegenstandes besonders beeinflussende Eigenschaft bestand, jedoch nicht ein solcher über den stofflichen Charakter desselben; es handle sich somit um einen nicht beachtlichen error in qualitate.

Aus diesen Beispielen kann man schon erkennen, daß die genannte Begriffsbestimmung viel zu eng ist. Insbesondere würde sie auf dem Gebiete des Antiquitätenhandels nahezu jegliche Anfechtungsmöglichkeit ausschließen. Auch entspricht diese nicht dem Sprachgebrauch des Wortes wesentlich. Denn sie setzt wesentlich gleich wesensbestimmend und fälscht damit den Tatbestand des Gesetzes. Dabei kann nicht entscheidend sein, daß auf diese Weise Kollisionen zwischen Irrtumsanfechtung und anderen Rechtsbehelfen, vornehmlich Gewährleistung, ver-

---

[175]) RG. 48/221; 65/88; Soergel, § 143, 1, S. 185; RGRK., § 143, 1, S. 241; Oertmann, § 143, 1a, S. 519.

[176]) v. Tuhr, II, 1, § 67, II, S. 578; Cosack, I, § 64, II, 2b; S. 221; Warn., § 119, IV, S. 186; Endemann, § 71, 2, Anm. 21, S. 249; Eck, S. 138; früher auch das Lehrbuch von Enneccerus, § 157, III, 3, (12. Aufl., 1928).

[177]) Vgl. Savigny, Bd. III, S. 283; s.a. Staudinger, § 119, Ziff. 2, S. 574.

[178]) v. Tuhr, a.a.O., S. 579.

[179]) R. Schmidt, Lehrb., § 34, S. 90.

mieden werden könnten[180]). Folglich ist dieser Meinung nicht beizupflichten.

Anders äußert sich Lenel[181]) zu dem Problem. Er bezeichnet solche Eigenschaften als wesentlich, die „zur normalen Individualisierung des Kaufobjekts" gehören. Verkehrswesentlich seien demnach nur solche Eigenschaften, die regelmäßig, wenn auch stillschweigend, zugesichert zu werden pflegen. Nach der konkreten Sachlage sei unter Ausschaltung des irrenden Käufers zu fragen, ob bei Zweifeln des Käufers die irrtümlich angenommene Eigenschaft normalerweise ausdrücklich bezeichnet und vertragsmäßig zugesichert werde.

Ein großer Teil der Literatur[182]) bekämpft mit Recht die Ansicht von Lenel. Ist doch, um nur einige Gegengründe zu nennen, die Bestimmung, wann die Individualisierung des Kaufobjekts normal ist, meistens sehr schwer zu treffen. Auch wird dem Verkehrsinteresse eine solche erhebliche Einschränkung der Anwendbarkeit des § 119 Abs. 2, durchaus nicht gerecht.

Lenel selbst scheint Bedenken gegen seine Begriffsauslegung des Wortes wesentlich bekommen zu haben. In einer späteren Abhandlung[183]) verläßt er diese nämlich und erklärt nunmehr diejenigen Eigenschaften als wesentlich, die man bei einem Geschäft dieser Art unter den obwaltenden Umständen vorauszusetzen pflegt und vorauszusetzen berechtigt ist. Was der Käufer voraussetzen dürfe, könne man aus der Höhe des Preises entnehmen. Das ist jedoch nicht ganz unbedenklich, denn das Preisniveau könnte nur für eine stillschweigende Zusicherung in Betracht kommen[184]). Richtig ist, wenn Lenel in seiner neuen Definition größeres Gewicht auf die Eigenart des einzelnen Geschäfts legt. Trotzdem kann diese nicht gebilligt werden, weil sie nun doch zu weit führt. Es würde dann nämlich, wie Nipperdey[185]) richtig sagt, infolge zu weiter Ausdehnung der Anfechtbarkeit jeder kleine Fehler, auf dessen Abwesenheit man vertrauen dürfte, zu einer Anfechtung nach § 119 Abs. 2 ausreichen.

Als richtig muß die von der h. M. gebilligte Abgrenzung des Eigenschaftsbegriffs bezeichnet werden, welche das RG. gefunden hat und die schon anläßlich der Ausführungen über die Gewährleistungspflicht erwähnt wurde[186]). Wesentlich sind nach dieser neben den der Person oder Sache an sich zukommenden Eigenschaften „auch solche Tatsachen oder rechtliche Verhältnisse der Sache, welche in ihren Beziehungen zu den anderen Personen oder Sachen wurzeln und zufolge ihrer Beschaffenheit nach den Anschauungen des Verkehrs einen Einfluß auf die

[180]) S. v. Tuhr, a.a.O.

[181]) JheringsJ., 44/1 ff.; s. auch Brodmann, in Ehrenbergs Handb., IV, 2, S. 85.

[182]) Staudinger, § 119, Ziff. 29, S. 584; Enn.-Nipperdey, § 157, Anm. 24, S. 525; Schloßmann, S. 43 ff.; Planck, § 119, IV, 2; Gschnitzer, ArchZivPr. 121, S. 203 f.; Windscheid-Kipp, § 77, S. 397.

[183]) Lenel, ArchZivPr. 123, S. 161 ff. insbes. 189/190.

[184]) Siehe oben S. 19 f.

[185]) bei Enneccerus I, § 157, III, Anm. 24, S. 525.

[186]) Siehe oben S. 14.

Wertschätzung in allen oder doch gewissen Rechtsverhältnissen zu üben pflegen". Man wird demnach dem Sprachgebrauch entsprechend, unter wesentlich alles für die Brauchbarkeit und den Wert des Gegenstandes Wichtige zu verstehen haben[187]). Freilich ist zu beachten, daß, wie aus den Worten „oder doch gewissen Rechtsverhältnissen" hervorgeht, das RG. auf die typische Eigenart des vorgenommenen Geschäfts entscheidendes Gewicht legt. Somit ist nicht notwendig, daß eine Eigenschaft im gesamten Verkehr d.h. bei jedem Geschäft als wesentlich gilt. Es muß sich um einen Sachverhalt handeln, wie er typisch im Leben und Verkehr mehr oder weniger oft in gleicher Weise vorzukommen pflegt. Eine Eigenschaft kann für eine typische Art von Rechtsgeschäften und für die Erreichung des typischen Geschäftszwecks wesentlich, für eine andere Art und deren Geschäftszweck wiederum unwesentlich sein[188]). Als unzulässig erachtet das RG. mit Recht eine weitere Ausdehnung des Begriffs der verkehrswesentlichen Eigenschaft, weil das dem Interesse der Verkehrs- und Rechtssicherheit widerspricht.

§ 2. Irrtumsmöglichkeiten bei Geschäften mit antiken Gegenständen.

Gerade bei Antiquitätengeschäften wird häufig ein Irrtum nach § 119 Abs. 2 vorkommen. Unzweifelhaft fehlt einem alten Kunstgegenstand, der als echt verkauft wurde, sich aber später als Nachahmung herausstellt, eine verkehrswesentliche Eigenschaft. Erfährt doch ein echter antiker Gegenstand stets eine viel höhere Bewertung als eine Fälschung oder Nachahmung[189]).

Jedoch wird nicht in jedem Falle ein Eigenschaftsirrtum zur Anfechtung des Geschäftes berechtigen. So ist, wenn jemand selbst über die Echtheit einer Antiquität im Zweifel ist, oder erst recht, wenn er sich über dieselbe überhaupt keine Gedanken gemacht hat[190]), oder, worauf Nipperdey[191]) hinweist, beide Parteien über eine Eigenschaft der Kaufsache im Zweifel sind, ebensowenig ein Recht aus § 459 Abs. 1, § 462 als ein solches nach § 119 wegen Eigenschaftsirrtums gegeben[192]). Es muß nämlich, damit eine Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 beachtlich sein soll, diese mit dem Geschäftsinhalt in unmittelbaren Zusammenhang stehen,[193]), den Inhalt der Erklärung in irgendeiner Weise berühren[194]). Oder besser gesagt, beachtlich ist nur eine Eigenschaft, wenn sie dem anderen Teil erkennbar als wesentlich dem Vertragsschluß zugrunde gelegt wurde[195]). Dies ist aber in den genannten Fällen in keiner Weise geschehen, denn es handelt sich doch immer um einen Gegen-

[187]) Gschnitzer, S. 206; Soergel, § 119; 13b; Schefold, S. 281; Schwaiger, SeuffBl. 74/373 f.

[188]) Staudinger, § 119, Ziff. 18, S. 580.

[189]) Vgl. Enn.-Nipperdey, § 157, III, 3, Anm. 23, S. 524.

[190]) Planck, § 119, S. 280.

[191]) bei Enneccerus, § 157, III, 5, S. 526; s. auch Lehmann, Allg.Teil, § 34, III, 1, S. 236.

[192]) Siehe oben S. 4 d. dort genauer entwickelten Fälle.

[193]) Oertmann, § 119, 4e, S. 398; Soergel, § 119, I, 3b, S. 103; Planck,a.a.O.

[194]) Gschnitzer, S. 204.

[195]) RGRK., § 119, 5, S. 160; RG. Warn. 1914, Nr. 271.

stand, dessen Eigenschaften zweifelhaft und nicht hinsichtlich seines Ursprungs, seiner Herkunft oder bezüglich seines Verfertigers bestimmt waren.

Desgleichen besteht keine Anfechtungsmöglichkeit, wenn jemand nach dem Vertragsinhalt nur eine Kopie kauft, das Gemälde bei sich für ein Original hält und sich doch überzeugen muß, daß er eine Kopie erhalten hat. Hier sollte es auf eine bestimmte Eigenschaft, nämlich auf die Echtheit, nach der geschäftlichen Übereinkunft gar nicht ankommen. Durch den Verkauf des Bildes als Kopie war die Echtheit gerade verneint worden[196]).

Weiterhin kann in manchen Fällen die Erheblichkeit des Irrtums fehlen. Diese auch für Abs. 2 des § 119 bestehende Voraussetzung geht dahin, daß die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles (subjektiv und objektiv) nicht abgegeben worden wäre. Kauft z.B. ein Gemäldesammler statt eines Originals eine Kopie, bezahlt er sonst aber gute Kopien grundsätzlich ebensogut wie Originale, weil er die geschichtliche Beurteilung der Kunstwerke für eine Verirrung des modernen Geschmacks hält, so steht ihm ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 nicht zu, da er auch bei Kenntnis der Sachlage so gehandelt hätte. Das gleiche gilt, wenn jemand ein vermeintlich altes Silbergefäß, das in Wahrheit modernen Ursprungs ist, zum Einschmelzen kauft[197]). Ausgeschlossen ist ferner die Anfechtung infolge Fehlens der objektiven Voraussetzung, wenn der Irrende nicht als vernünftiger Mensch gedacht hat, sondern sich durch Eigensinn, subjektive Launen oder törichte Anschauungen hat leiten lassen. Aus diesem Grund lehnt das OLG. München[198]) in einem Falle die Anfechtung ab, wo statt massiv eichener Möbel eichenfournierte Möbel geliefert wurden. Gleichfalls kann man mit R. Schmidt[199]) sagen, daß ein Verkäufer — auch dieser kann, wie noch näher zu erläutern sein wird, anfechten —, der von zwei genau gleichen Vasen die nicht gemeinte verkauft und nun anfechten will, weil er sich ohne einen Anhaltspunkt einbildet, die eine verkaufte Vase habe Bismarck gehört, nicht nach § 119, Abs. 2 vorgehen kann.

Liegt der Fall nun aber so, daß der Käufer beispielsweise ein Bild ausgesprochenermaßen als einen Rembrandt kauft, der Verkäufer sich aber darüber in keiner Weise äußert, so kann man über die Berechtigung der Anfechtung nach § 119 Abs. 2 keinen Zweifel haben. Denn durch die Äußerung des Käufers ist die Eigenschaft als Rembrandt zum Bestandteil des Geschäfts gemacht worden und auch der Verkäufer hat dieses unter solchen Umständen abgeschlossen[200]). Wie oben[201]) schon ausgeführt wurde, ist sowohl die Wissenschaft[202]) als

[196]) Vgl. Dür.-Hachenb. IV, Anm. 141, S. 120; Hoeniger, ArchBürgR., 35, S. 265; Staudinger, § 119, Ziff. 49, S. 591.
[197]) v. Tuhr, II, 1, § 67, III, S. 586/87.
[198]) OLG. 24/316.
[199]) Lehrb., § 34, III, 1c, S. 93.
[200]) S. Staudinger, § 119, Ziff. 49, S. 591.
[201]) S. oben S. 6 f.
[202]) So bes. Lenel, JheringsJ. 44/17, auch in ArchZivPr. 123/190; Planck, § 119, IV, 2, S. 284.

auch die Rechtsprechung sich darüber nicht einig, ob beim Erwerb von antiken Gegenständen einem Irrtum über Sachmängel auf Seiten des Käufers rechtliche Bedeutung beizumessen ist oder nicht. Ohne hier das schon Bemerkte wiederholen zu wollen, sei dazu gesagt, daß es nicht angeht, das Risiko einseitig dem Käufer aufzubürden. Dies ist besonders dann der Fall, wenn ein aus idealen Gründen Sammelnder in einem Antiquitätengeschäft kauft. Jedoch wird dem Käufer, worüber unten noch Ausführungen zu machen sind, regelmäßig infolge der speziellen Vorschriften über den Kauf im BGB. ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 nicht zustehen.

Von Bedeutung ist hier das Anfechtungsrecht des Verkäufers, auf das schon hingewiesen wurde[203]). Hier geht Lenel[204]) noch schroffer vor und versagt in jedem Fall, also ohne Unterschied, ob es sich um einen modernen oder antiken Kaufgegenstand handelt, die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrtums auf Seiten des Verkäufers. Das geht aber entschieden zu weit. Man bedenke, daß dem Verkäufer nicht wie dem Käufer die Gewährleistungsvorschriften des §§ 459 ff. zur Seite stehen. Warum soll man den Verkäufer gänzlich schutzlos lassen? Ist es nicht von Belang, wenn der Verkäufer nach Geschäftsabschluß merkt, daß er infolge eines Irrtums über eine Eigenschaft des Kaufobjekts viel zu billig verkauft hat? Freilich wird häufig nicht ein Irrtum auf Seiten des Verkäufers vorliegen, sondern nur Unkenntnis. Verkauft jemand z.B. ein altes Bild, von dem sich später herausstellt, daß es von einem berühmten alten Meister herrührt, so kann er nicht anfechten, denn an die Eigenschaft der Herkunft von diesem Meister hatte der Verkäufer bei Abgabe der Willenserklärung gar nicht gedacht. Er wollte das Bild nur als altes verkaufen ungeachtet der Urheberschaft[205]). Dagegen ist ein Anfechtungsrecht gegeben, wenn der Verkäufer ein Bild nach genauer Prüfung als nicht von einem bestimmten Künstler herrührend verkauft, da er in der irrigen Annahme, das Bild sei unecht, zu erkennen gab, auf welche Eigenschaften es ihm ankam, somit die Abwesenheit dieser Eigenschaft mit zum Gegenstand des Geschäftsinhalts machte[206]).

Im übrigen bejaht beispielsweise Löwenwarter[207]) für den Verkäufer einer Antiquität ausdrücklich die Anfechtungsmöglichkeit, wenn er gar nicht wußte, daß die verkaufte Sache antik war. In diesem Sinne auch v. Tuhr[208]) und Schloßmann[209]), die bemerken, daß der Verkäufer bei Verschleuderung einer kostbaren Sache anfechtungsberechtigt sein könne.

Auch die Rechtsprechung spricht sich für das Anfechtungsrecht des Verkäufers aus. Als Beispiel sei eine Entscheidung des RG. aus dem

[203]) Siehe oben S. 37.
[204]) Lenel, ArchZivPr. 123/S. 191 ff., anders der gleiche Schriftsteller noch in JheringsJ. 44/20.
[205]) Vgl. dazu Oertmann, § 119, VIII, S. 405; Kohler, I, S. 510.
[206]) S. Kohler, a.a.O.
[207]) § 119, Abs. 2, S. 109.
[208]) v. Tuhr, II, 1, § 67, S. 579.
[209]) Schloßmann, S. 69/70.

Jahre 1929 genannt[210]). Ein Antiquitätenhändler verkaufte zwei Vasen, die er für moderne chinesische und japanische Fabrikate hielt und die er auch in dieser Weise angeboten hatte, für einen Preis von 390 Mark. Kurze Zeit später veräußerte der Käufer die Vasen, welche in Wirklichkeit alte hochwertige Erzeugnisse der Kunst des Fernen Ostens waren — angeblich für 15 000 holl. Gulden — nach Holland. Das RG. hielt die Anfechtung des ersten Verkäufers, der sich über das Alter der beiden Vasen im Irrtum befand, für berechtigt.

Diese Entscheidung zeigt schon, wie notwendig es ist, auch dem Verkäufer ein Anfechtungsrecht wegen Irrtums zu gewähren. Wäre doch, wollte man dies verneinen, jedem schlauen Käufer insbesondere einem sachverständigen Kunsthändler die Möglichkeit gegeben, auf diese Weise unberechtigte Gewinne auf Kosten des sich irrenden Verkäufers zu erzielen. Daß dies nicht dem Gesetz entspricht, also illoyal ist, kann nicht bezweifelt werden. Auch kann es als direkt widersinnig bezeichnet werden, wenn man einesteils bei den Rechten des Käufers spekulative Momente als einschränkend hinstellt[211]), während hier der Spekulation Tür und Tor geöffnet sein soll.

Die Rechtsfolge der Irrtumsanfechtung ist nun nach § 142 Abs. 1 die Nichtigkeit des Kaufvertrages von Anfang an. Nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) ist dann der Käufer verpflichtet, die gekaufte Sache wieder herauszugeben und, falls er dieselbe an einen Gutgläubigen wieder verkauft hat, das durch diesen Verkauf Erlangte dem Verkäufer zu erstatten. In dem angeführten, vom RG. entschiedenen Fall[212]) war somit der Käufer zur Zahlung von 15 000 Gulden nach § 818 Abs. 2 verpflichtet.

Nun ist noch auf die Möglichkeit eines Irrtums ganz anderer Art hinzuweisen. Es ist dies der Irrtum über die Geschäftsgrundlage. Dabei würde es nicht im Rahmen dieser Abhandlung liegen, theoretische Erörterungen über das Wesen des Irrtums über die Geschäftsgrundlage zu machen. Hier sei nur bemerkt, daß das RG.[213]) den Irrtum über die Geschäftsgrundlage dann für beachtlich erachtet, wenn es sich um Umstände handelt, deren Abweichung vom Vorgestellten für redliche Vertragsparteien die Existenz des Geschäfts erschüttern muß, sodaß die Partei, die trotzdem die andere am Geschäft festhalten will, gegen Treu und Glauben verstößt (§ 242). Ob dies der Fall ist, hängt, wie Lehmann[214]) treffend darlegt, davon ab, daß 1) der Vertragsgegner den grundlegenden Umstand für den Vertragsschluß erkannte, 2) daß nur die Gewißheit die Partei, welche auf den Umstand Wert legte, davon abgehalten hatte, vom Gegner zu verlangen, diesen als Bedingung oder Vorbehalt anzuerkennen und 3), daß der Gegner sich auf dieses Ansinnen, falls die Unsicherheit des Umstandes ernsthaft in Betracht ge-

[210]) RG. 124/115.
[211]) Siehe oben S. 6 ff.
[212]) RG. 124/115.
[213]) RG. 100/130; 103/4 u. 239; 106/9 u. 422; 112/329; 122/200; 123 89, 126/243; 131/39; JW. 1928, S. 400; 1929; S. 504; 728, 3488; HöchstRRspr. 1929 Nr. 485, 1931, Nr. 212 u.a.
[214]) Lehmann, Allg.Teil, S. 285 ff.

zogen worden wäre, mit Rücksicht auf den Zweck des Vertrages eingelassen hätte oder redlicherweise hätte einlassen müssen. Bei Vorliegen dieser drei Voraussetzungen sei ein Rücktrittsrecht nach § 242 der irrenden Partei zuzubilligen. Jedoch nur mit der Folge der Rückgewähr nach Bereicherungsgrundsätzen[215]) und nicht nach den §§ 346 ff.

Bei Geschäften mit alten Kunstgegenständen ist es durchaus nicht ausgeschlossen, daß ein Irrtum über die Geschäftsgrundlage vorkommt. Gehen die Parteien bei einem Gemäldekauf davon aus, daß das Bild von einem bestimmten Maler herrührt, so kann die Echtheit sich als Geschäftsgrundlage darstellen, wenn die Urheberschaft beiderseits als selbstverständlich erachtet wird. Auch ist es möglich, daß zufolge der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Sammlung oder aus dem bloßen Preisansatz beiderseits dem Geschäft die wertbestimmenden Eigenschaften eines Kunstwerks oder einer Antiquität zugrunde gelegt sind. Oertmann[216]) führt hierzu ein Beispiel an: Verkauft jemand eine Goldbronce des Kaisers Nero, etwa die bekannte mit der Decursio (Cohen Nr. 83) oder die Mittelbronce mit dem Janustempel (das. Nr. 171—72) für 100 Mark, so ist die Echtheit selbstverständliche Geschäftsgrundlage, denn jeder weiß, daß dabei ein echtes Stück und nicht etwa eine Paduaner Reproduktion aus dem Spätmittelalter gemeint sein muß. Anderseits ist es, wenn das verkaufte „echte" Bild nicht direkt unecht, aber doch etwa stark ausgebessert oder von einem Schüler vervollständigt oder übermalt worden ist[217]), sehr zweifelhaft, ob die Grundlage so beeinträchtigt ist, daß der betreffenden Partei nicht mehr zugemutet werden kann, am Geschäft festzuhalten. Man wird vielmehr dann die Grundlage nicht als weggefallen, sondern als eingeschränkt, verkümmert, ansehen müssen.

Daß aber auch in der für den Kunst- und Antiquitätenhandel einschlägigen Rechtsprechung eine Berufung auf die fehlende Geschäftsgrundlage vorkommt, zeigt die schon oft genannte Entscheidung des RG., welche zum Gegenstand ein fälschlich angefertigtes Werk des holländischen Malers J. I. van Ruisdael hatte[218]). Der Revisionskläger begehrte auch nach § 242 die Rückgabe des Bildes. Das Gericht kommt wohl aus anderen noch zu behandelnden Gründen zur Abweisung dieses Verlangens, hat aber gegen den Hinweis auf die fehlende Geschäftsgrundlage selbst nichts einzuwenden.

§ 3. Die Konkurrenz zwischen Irrtum und Gewährleistung.

Man kann sich schon allein in Anbetracht des oben Gesagten denken, daß, obschon die verkehrswesentlichen Eigenschaften gemäß § 119 Abs. 2 mit den die Gewährleistung begründenden Eigenschaften i.S. des

[215]) Locher, ArchZivPr. 121, S. 106 ff., der im übrigen auf die Nichterreichung des Geschäftszwecks abstellt. Enn.Nipperdey, § 165, III, Anm. 9, S. 543; a.A.: Oertmann, Die Geschäftsgrundl., S. 161.
[216]) Oertmann, Die Geschäftsgrundl., S. 50.
[217]) Oertmann, Die Geschäftsgrundlage, S. 165.
[218]) RG. 135/346.

§ 459 begrifflich nicht zusammenfallen[219]), häufig bei Käufen von nicht dem Vertrag entsprechenden Antiquitäten sowohl die Voraussetzungen für die Irrtumsanfechtung als auch für Gewährleistungsansprüche gegeben sein werden. Daß dies der Fall ist, geht schon daraus hervor, daß ein großer Teil der Entscheidungen auf dem Gebiet des Kunst- und Antiquitätenhandels auf die Konkurrenzfrage eingeht[220]).

Diese ist nun von jeher heftig umstritten, was schon die zahlreiche Literatur darüber zeigt.

Vorausgeschickt sei, daß, worauf Kreß[221]) unter Zustimmung von Riezler[222]) hinweist, die Frage, ob ein Nebeneinanderbestehen von Irrtum und Gewährleistung möglich ist, dann keine Bedeutung hat, wenn der Käufer nicht durch einen Irrtum über wesentliche Eigenschaften zum Abschluß des Kaufes bewogen wurde (Kausalzusammenhang § 119 Abs. 1, 2) oder der Sachmangel wohl erheblich, nicht aber wesentlich ist, da dann nur Gewährleistungsrecht in Betracht kommt.

Die Ansichten über die Konkurrenzfrage lassen sich nun bei genauerer Betrachtung in drei Gruppen teilen, wenn auch manchmal der Weg, der die einzelnen im Ergebnis miteinander übereinstimmenden Autoren einschlagen nicht derselbe ist.

Von einer Anzahl von Schriftstellern[223]) wird die Meinung vertreten, daß eine Konkurrenz zwischen Anfechtung und Gewährleistung, sofern die Voraussetzungen für beide im Einzelfall gegeben seien, durchaus möglich ist. Der Käufer könnte sein Recht sowohl durch Irrtumsanfechtung als auch durch Berufung auf die Sachmängelhaftung des Verkäufers suchen[224]). Zur Begründung dieser Ansicht wird angeführt, daß wenn auch die Anwendbarkeit der Gewährschaftsrechte über das Gebiet des nach § 119 wesentlichen Irrtums weit hinausgehe, es nicht einzusehen sei, warum da, wo der Mangel so bedeutsam sei, daß er eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Kaufsache i.S. des § 119 Abs. 2 betreffe, die an diesen enger begrenzten Tatbestand sonst geknüpfte schärfere Wirkung darum ausgeschlossen sein sollte, weil die bloße Wandlungsbefugnis dann erst recht Platz greife[225]). Das wäre von praktischer Bedeutung deshalb, weil der Käufer wohl wegen der knappen Anfechtungsfrist nach § 121 und der ihm bei Unkenntnis des Käufers drohenden Ersatzpflicht gemäß § 122 in der Regel der Wandlung gegenüber der Anfechtung den Vorzug geben werde; andererseits brächte

[219]) So RG. LZ. 1921, S. 240.

[220]) Vgl. RG. 97/351; Gruch. 66/452; RG. 135/340; OLG. Kiel LZ. 1921, S. 464; ferner die Bem. v. Riezler u. Werner in JW. 1926, S. 2531 u. JW. 1927, S. 668.

[221]) Kreß, § 26, S. 30.

[222]) bei Staudinger, § 119, S. 585 unten.

[223]) Oertmann, § 119, S. 401; § 459, Vorb. 2g, S. 588; Riezler bei Staudinger, § 119, Ziff. 32, S. 585; Venire contra factum proprium, S. 148 ff.; R. Schmidt, Lehrb., § 34, S. 93; Gesetzeskonkurrenz, S. 85 ff.; Endemann, § 161, 3, Anm. 33, S. 993; Leonhard, II, § 38, S. 84 ff.; Kreß, § 26, S. 30; Crome II, § 220, Anm. 8, S. 444; Lent, I, S. 345 ff.; Windscheid-Kipp II, § 395, S. 701 f.; Gmelin, Recht, 1907, S. 748 ff.; Schwaiger, SeuffBl. 74/31.

[224]) S. Leonhard, a.a.O., S. 84.

[225]) Vgl. Oertmann, § 459, Vorbem. 2g, S. 588.

die Anfechtungsbefugnis den Vorteil, daß sie unverzüglich nach Kenntniserlangung des Mangels noch innerhalb einer Frist von 30 Jahren erfolgen könne und nicht an die kurze Verjährungsfrist des § 477 gebunden sei. Als einen gewissen Ausgleich für die lange Ausschlußfrist könnte man immerhin die Verpflichtung zum Ersatz des negativen Interesses, welche der Irrende nach § 122 hat, bezeichnen. Auch müsse man, wie Lent[226]) meint, dem Verkäufer, der sonst einseitig begünstigt würde, schon deshalb, weil er die Sache als Eigentümer besser kennt, einen Teil des Mängelrisikos aufbürden.

Ferner wird von R. Schmidt[227]) als Grund für die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens beider Rechtsbehelfe angesehen, daß der Irrtumstatbestand gegenüber dem der Wandlung wesentliche Erschwerungen enthalte, weiterhin aber auch die Anfechtung in ihren Rechtsfolgen nicht unbeachtlich ungünstiger sei als der Gewährschaftsanspruch. Im übrigen würde es, was Gmelin[228]) bemerkt, allgemeinen Grundsätzen entsprechen, daß bei einer Verletzung von Rechtsgütern dem Geschädigten alle Rechtsbehelfe in kumulativer und nicht in elektiver Weise zur Verfügung stehen. Aus zwingendsten Gründen sei vom Gesetzgeber der Ausschluß der einen Norm durch die andere in der Regel nur dann gewollt, wenn das im Gesetz selbst ausdrücklich gesagt sei.

Wohl verkennen manche Autoren, welche sich für die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung neben der Gewährleistung aussprechen, nicht, daß das im Einzelfall in seiner Auswirkung manchmal bedenklich sein kann, jedoch halten sie daran fest, daß dies der dogmatisch und theoretisch einzig richtige Standpunkt sei[229]). Nur dann, so sagt Riezler[230]), wenn eine Entscheidung für einen Rechtsbehelf getroffen worden ist, bedeutet dies zugleich einen Ausschluß des anderen.

Eine zweite Ansicht[231]) besagt, daß, da Gewährleistung und Irrtumsanfechtung in ihren Tatbeständen wesensverschieden seien, eine Konkurrenzmöglichkeit überhaupt nicht bestehen könne. Ein Mangel sei niemals dann vorhanden, wenn infolge des Fehlens der Eigenschaft das Wesen der Sache so verändert wird, daß man sie im Verkehr nach Art und Gattung als etwas ganz anderes (aliud) ansehen müsse. Hier könne man nicht von einem Irrtum über einen Mangel, sondern nur von einem solchen über eine verkehrswesentliche Eigenschaft nach § 119 Abs. 2 seitens des Verkäufers sprechen. Folglich sei die Anfechtung nur dann gegeben, wenn es sich um ein aliud handelt, das kein Sachmangel nach § 459 mehr ist.

Daraus ersieht man, daß dabei von der viel zu engen Begriffsbestimmung der verkehrswesentlichen Eigenschaft im Sinne des § 119

226) Lent, S. 357.
227) R. Schmidt, Gesetzeskonkurrenz, S. 85 ff.
228) Gmelin, Recht 1907, S. 750.
229) Vgl. Riezler, bei Staudinger, § 119, Ziff. 32, S. 585.
230) Venire c. f. p., S. 148 ff.
231) Henle, I, S. 243 ff. u. II. S. 604; v. Tuhr, II, I, § 67, S. 581; Enneccerus, I, § 335, III, 1 (nicht aber Ennec.-Lehm., § 112, III, S. 381); Roth LZ., 1919, S. 617 ff.; Schefold, ArchZivPr. 109, S. 264 ff.; Danz, JheringsJ., 46, S. 464 ff.; v. Blume, JheringsJ., 55, S. 209 ff.

Abs. 2 ausgegangen wird, welche oben schon abgelehnt wurde[232]). Diese Beschränkung des genannten Begriffs soll gerade das Zusammentreffen von Irrtum und Gewährleistung ganz ausschalten, was aber nicht als berechtigt angesehen werden kann.

Zum gleichen Ergebnis kommen Dernburg[233]) und Haymann[234]) Sie gehen aber nicht von der erwähnten Einengung des Eigenschaftsbegriffs aus, sondern beschränken die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 auf die Fälle, in denen es sich um ein aliud handelt, weil die übrigen Irrtumsfälle durch die besonderen Gewährleistungsvorschriften ausgeschlossen würden. Ebenfalls wird von Planck[235]) in Anlehnung an Haymann die Auffassung vertreten, daß in § 119 Abs. 2 und § 459 verschiedene Eigenschaften vorausgesetzt würden.

Einzig und allein befriedigen kann die vom RG.[236]) entwickelte Lehre, daß die Vorschriften über die Gewährleistung Spezialregelungen gegenüber der allgemeinen Bestimmung des § 119 Abs. 2 seien. Es gelte der Satz: lex specialis derogat legi generali.

Daß dies gerechtfertigt ist, zeigen folgende Erwägungen: namentlich aus der kurzen Verjährungsfrist des § 477 kann man ersehen, daß das Gesetz eine Abwicklung des Geschäfts in verhältnismäßig kurzer Zeit herbeiführen will. Bei Zulassung der Anfechtung eines Kaufvertrages wegen Eigenschaftsirrtums nach § 119 Abs. 2 könnte diese, falls sie nach Kenntniserlangung des Anfechtungsgrundes nur unverzüglich erfolgt, gemäß § 121 Abs. 2 noch nach 30 Jahren erfolgen. Sodann wird bei grobfahrlässiger Unkenntnis des Fehlers durch den Käufer der Wandlungsanspruch überhaupt beseitigt (§ 460), während der Käufer selbst bei grober Fahrlässigkeit noch immer wegen Irrtums anfechten kann. Daraus kann man schon erkennen, wie recht das RG. hat, wenn es von einem unerklärlichen Zwiespalt spricht, der bei Gestattung der Anfechtung neben der Gewährleistung in das Gesetz getragen würde. Das Damoklesschwert der Auflösung würde, wie Lehmann[237]) treffend bemerkt, 30 Jahre lang über dem wichtigsten Verkehrsgeschäft schweben. Ja man kann sogar sagen, daß die Wandlungsvorschriften durch die Möglichkeit der Anfechtung im Ergebnis aufgehoben würden. Das widerspricht nicht nur eindeutig dem Sinn des Gesetzes, sondern ist auch mit praktischen Erwägungen nicht zu vereinbaren.

Wenn von gegnerischer Seite angeführt wird, daß durch den Ausschluß der Anfechtung die Anwendbarkeit derselben auf den Kauf völlig ausgeschlossen werde, so ist dagegen zu sagen, daß das Anwendungsgebiet des § 119 Abs. 2 weit über das des § 459 hinausreicht, und deshalb überall, wo Gewährschaftsansprüche nicht begründet sind, Irrtumsanfechtung denkbar ist. Ebenfalls kann nicht überzeugen, daß die drohende Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens seitens des

[232]) Siehe oben S. 34.
[233]) Dernburg, II, 2, § 185, IV.
[234]) Haymann, Anfechtung . ., S. 11 ff.
[235]) Planck, § 459, 1a, S. 693.
[236]) RG. 61/275; 62/282; 70/429; 97/351; 135/340; 138/356, JW. 1907, S. 134, Recht, 1912, Nr. 365; 1922 Nr. 166; LZ. 1919, S. 1010; Gruch. 54/135.
[237]) Lehmann bei Enneccerus, § 112, III, S. 408.

Anfechtenden nach § 122 einer allzu großen Inanspruchnahme des Anfechtungsrechts entgegenwirke, denn in den meisten Fällen wird das zu ersetzende negative Interesse gleich Null sein.

Es muß daran festgehalten werden, daß der Gesetzgeber im Interesse der Verkehrssicherheit eine rasche endgültige Abwicklung der Kauf- und Lieferungsgeschäfte als Haupttypen des Verkehrsrechts für wichtiger erachtet hat als die Sicherung der Partei gegen die Folgen der Unkenntnis des Gewährschaftsmangels. Sonst wäre, was eine weitere ausgezeichnete Begründung des Ausschlusses der Irrtumsanfechtung durch die §§ 459 ff. darstellt, nicht verständlich, warum, abgesehen von der dreißigjährigen absoluten Ausschlußfrist der Lauf der Fristen bei der Anfechtung grundsätzlich die Kenntnis des Mangels durch den Anfechtungsberechtigten voraussetzt, während bei den Gewährschaftsansprüchen der Lauf und die Vollendung der Verjährungsfrist von der Kenntnis des Mangels durch den Käufer unabhängig ist[238]).

Folglich kann bei Verjährung der Gewährleistungsansprüche, also nach 6 Monaten, auf die Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 Abs. 2 nicht zurückgegangen werden. Das ist auch die in der Literatur herrschende Ansicht[239]).

Was dieses Ergebnis für Geschäfte mit Antiquitäten bedeutet, geht schon daraus hervor, daß zahlreiche einschlägige Entscheidungen der Gerichte sich, wie schon bemerkt, mit der Konkurrenzfrage zu beschäftigen hatten. Tatsächlich sind beim Erwerb von fehlerhaften alten Kunstgegenständen fast immer sowohl die Erfordernisse für die Anfechtung als auch die für die Gewährleistung gegeben. Am deutlichsten tritt dies bei falschen Zusicherungen oder arglistigem Verhalten seitens des Verkäufers zutage. Man kann sich folglich ruhig dahingehend ausdrücken, daß die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 durch den Käufer bei Veräußerung nicht dem Vertrag entsprechender antiker Gegenstände so gut wie ausgeschlossen ist[240]).

Gleichermaßen gilt der Grundsatz der Ausschließung für den Irrtum über die Geschäftsgrundlage. Auch hier muß der zu den ädilizischen Klagen Berechtigte auf diese verwiesen werden. Es würde nicht dem Gesetz entsprechen, wollte man nach Ablauf der Verjährungsfristen einen Rückgriff auf die bis dahin nicht erkannte Bedeutung des Gewährschaftsmangels für das Bestehen der Geschäftsgrundlage gestatten[241]). Auf dem Umwege über § 242 würde so wieder eine Haftung der Verkäufers gegeben sein, was nicht der Wille des Gesetzgebers ist[242]). Somit bildet die Vorschrift des § 477 eine Grenze der Beachtlichkeit der mangelhaften Geschäftsgrundlage, die, wie oben bemerkt

---

[238]) Locher, ArchZivPr. 121/99.

[239]) Enn.-Lehm., § 112, III, S. 408; Staudinger, § 459, Vorbem. 5g, S. 122; Heck, § 89, Nr. 6, S. 281; Achilles-Greiff, § 119, S. 43; Warneyer, § 459 S. 787; Düringer-Hachenburg IV, Einl. Anm. 142; Hedemann, § 37, V, S. 241; RGRK., § 459, 6; Schloßmann, S. 50 ff. Schneider, ArchZivPr., 97/142 f u.a.m.

[240]) Siehe die in Anm. 220 angef. Entscheidungen.

[241]) Vgl. Locher, ArchZivPr. 121/99, 100; auch Enn.-Lehm., § 112, IV, S. 408.

[242]) S. RG. 135/S. 346.

wurde, bei Antiquitätengeschäften durchaus nicht so selten von Bedeutung sein kann.

All dies hat keine Bedeutung für den Verkäufer, denn für ihn gelten die Vorschriften der §§ 459 ff. nicht. Eine Einschränkung des Anfechtungsrechts steht somit hier nicht in Frage. Folglich kann der Verkäufer den Kauf bei Vorliegen der Voraussetzungen stets nach § 119 Abs. 2 anfechten[243]).

3. Abschnitt: Die arglistige Täuschung im Antiquitätengeschäft nach § 123 BGB.

§ 1. Die Täuschung durch Vorspiegeln falscher Tatsachen.

Im § 123 gibt das BGB. dem arglistig getäuschten Vertragsgegner das Recht zur Anfechtung. Der Täuschende verletzt hier durch ein positives Tun gewissermaßen seine Offenbarungspflicht, denn statt die Gegenpartei in den erforderlichen Grenzen aufzuklären, wird eine Willenserklärung verursacht, die bei entsprechender Klarlegung der in Betracht kommenden Verhältnisse nicht oder wenigstens nicht so abgegeben worden wäre. Durch eine arglistige Täuschung wird somit in schärfster Weise gegen die Pflicht zum loyalen Verhalten verstoßen[244]).

Unter arglistiger Täuschung ist jedes bewußt rechtswidrige Verhalten, durch das vorsätzlich in einem anderen eine irrige Vorstellung hervorgerufen, bestärkt oder erhalten wird, durch das also ein fremder Wille vermittels des in ihm erregten oder benutzten Irrtums zur Abgabe einer Willenserklärung bestimmt wird oder — allgemeiner ausgedrückt — das Hervorrufen eines Irrtums oder das arglistige Ausnützen eines bei dem anderen Vertragsteil schon bestehenden Irrtums zu verstehen[245]). Arglist ist immer schon dann gegeben, wenn der Täuschende das Täuschungsmittel in dem Bewußtsein anwendet, daß dadurch ein anderer zu einer Willenserklärung bestimmt wird, die er ohne Täuschung nicht abgegeben hätte[246]). Natürlich fällt auch die arglistige Vorspiegelung, welche vom RG., wie oben ausgeführt, richtigerweise dem arglistigen Verschweigen nach § 463 S. 2 gleichgesetzt wird, unter die arglistige Täuschung des § 123. Zu beachten ist aber, daß, was bei § 463 S. 2 nicht erforderlich ist, hier ein Kausalzusammenhang zwischen Vorspiegelung und der Willenserklärung des Getäuschten gegeben sein muß. Erforderlich ist, daß durch diese täuschende Vorspiegelung in dem Erklärenden ein Irrtum hervorgerufen worden ist, der ihn zu seiner Entschließung veranlaßt hat.

Allgemein notwendig ist es, daß der täuschende Vertragsteil eine solche Wirkung bewußt verursacht hat. Jedoch genügt es auch schon, daß

---

[243]) RGRK. § 459, 6 B d, S. 72; Heck, § 89, Nr. 7, S. 181; Enn.-Lehm., § 112, III, S. 408.
[244]) Vgl. Graf, S. 3; ZBlFG., Bd. 4, S. 765.
[245]) RGRK., § 123, 2, S. 171/72.
[246]) Enn.-Nipperdey, § 162, I, 2, S. 536.

er mit der Möglichkeit einer solchen rechnete. Es fehlt aber die Kausalität, wenn der Getäuschte den Vertrag auch ohne die Täuschung geschlossen hätte oder an der Richtigkeit der in Täuschungsabsicht gemachten Angaben gezweifelt hat[247]).

Der Inhalt der Täuschung kann darin bestehen, daß Anpreisungen oder sonstige empfehlende Zusicherungen gemacht werden, welche nicht den Tatsachen entsprechen. Dabei sind aber leere, nichtssagende Anpreisungen bedeutungslos[248]). So genügt es z.B. nicht, wenn der Verkäufer eines alten Bildes erklärt, dasselbe habe einen bestimmten Wert[249]).

Keineswegs ist eine auf Schädigung gerichtete Absicht zum Begriff der arglistigen Täuschung erforderlich[250]). Auch darf man nicht die arglistige Täuschung nach § 123 mit dem Betrug gemäß § 263 StGB. gleichsetzen. Die genannte bürgerlich-rechtliche Bestimmung verlangt nämlich nur, daß der getäuschte Teil durch die Täuschung zu einer ihm ungünstigen Willenserklärung verleitet wurde, ohne daß von einem erlittenen Schaden die Rede ist, während § 263 StGB. eine Vermögensbeschädigung auf Seiten des Betrogenen und Bereicherungsabsicht auf Seiten des Betrügers erfordert[251]). Sicherlich wird aber häufig bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 123 auch der strafrechtliche Betrugstatbestand erfüllt sein, wenn eine gewinnsüchtige Absicht beim Täuschenden vorhanden ist. Daraus kann man ersehen, daß der um die Merkmale der Vermögensschädigung und der Bereicherungsabsicht erweiterte strafrechtliche Betrugstatbestand stets auch den Tatbestand des § 123 mitumfaßt und somit ein Vorgehen nach § 123 ermöglicht, andererseits aber der zur Anfechtung ausreichende Tatbestand des § 123 noch keine strafbare Handlung begründet.

Im Gegensatz zum Wandlungsrecht oder etwa zur Irrtumsanfechtung bei Geschäften mit Antiquitäten ist die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung keineswegs eingeschränkt[252]). Wie bei unrichtigen Zusicherungen oder arglistigem Vorspiegeln von Eigenschaften ist bei arglistiger Täuschung im allgemeinen kein Unterschied zu machen, ob der Käufer selbst Kunsthändler oder Sachverständiger ist oder nicht, denn bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 123 welche häufig nur durch Feststellung der Gutgläubigkeit des Verkäufers geprüft werden[253]), hat jeder Getäuschte das Anfechtungsrecht.

Insbesondere, und das ist ein Unterschied gegenüber dem Gewährleistungsrecht, hat auch der Verkäufer die Möglichkeit, den Kauf nach § 123 anzufechten. Hiermit beschäftigt sich eine sehr interessante Entscheidung des RG.[254]), auf die hier eingegangen werden soll.

---

[247]) Vgl. Soergel, § 123, I, 3, S. 117.
[248]) Soergel, a.a.O., S. 114; RG., Recht 1919, Nr. 1249.
[249]) LG. Mainz, Hess. Rspr. 21/54 zit. bei Soergel, a.a.O.
[250]) RG. 111/7; JW. 1912, 69; Warn. 1913 Nr. 310.
[251]) Siehe auch Mot. I, S. 208.
[252]) Vgl. Riezler bei Staudinger, § 119, Ziff. 49, S. 591.
[253]) So RG. 97/351; 114/239.
[254]) RG. LZ. 1930, S. 515 ff.

Der Beklagte hatte ein altes Altargemälde, das Beschädigungen aufwies, zum Preise von 1500 Mk. erstanden. Nach Restaurierung desselben erzielte er in einer Versteigerung einen Verkaufspreis von 95 000 Mk. Der Verkäufer, welcher das Gemälde zu dem viel niedrigeren Preis veräußert hatte, erklärte darauf die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung. Das Gericht führt dazu aus: Der Erwerber habe beim Kauf gewußt, daß es sich um ein Gemälde von ganz beträchtlich höherem Werte als dem von ihm dafür gegebenen Kaufpreis von 1500 Mk. handelte. Es sei dem Beklagten ebenfalls bekannt gewesen, daß der Kläger von dem Wert des Bildes nicht die richtige Vorstellung hatte. Dies dahingehend auszunützen, um das Bild zu einem möglichst niedrigen, seinem wahren Wert nicht entsprechenden Preis an sich zu bringen, sei das Bestreben des Bekl. gewesen. Obwohl der Verkäufer durch sein Verlangen nach Hinzuziehung eines Sachverständigen kundgab, daß er das Bild nur zu einem dem Wert wenigstens einigermaßen entsprechenden Preise abzugeben beabsichtige, habe der Käufer ihm gegenüber mit seiner persönlichen Ansicht über den Wert und die diesen Wert bestimmenden Eigenschaften des Bildes zurückgehalten. Er habe dem Kläger gegenüber das Bild sogar als „Torso" bezeichnet. Mag dies auch wegen des auf dem Gemälde zerstörten Christuskopfes nicht gänzlich unwahr sein, so sei dem Bekl. doch bekannt gewesen, daß es trotzdem einen bedeutenden Wert hatte. Seine Bezeichnung „Torso" sei deshalb erfolgt, weil er genau gewußt habe, daß es dadurch in den Augen des selbst wenig sachkundigen Kl. an Wert verlor. Ob schon in diesem Verhalten des Bekl. eine arglistige Täuschung im Sinne des § 123 zu erblicken sei, könne dahingestellt bleiben. Jedenfalls sei sie in der Art der Zuziehung des Sachverständigen M. zu finden. Der Bekl. sei bestrebt gewesen, dem Kl. einen „Sachverständigen" zuzuführen, der weder Sachkunde noch Unparteilichkeit besaß, um in dieser Weise zu vereiteln, daß derselbe sich über den wahren Wert des Bildes unterrichte. Tatsächlich gab der unter Einfluß des Beklagten stehende und auch keine besondere Kenntnis über alte Gemälde besitzende sog. Sachverständige ein vollkommen falsches Gutachten ab. Und eben darin, daß der Bekl. den Kl. über die Tauglichkeit und Unbefangenheit eines Sachverständigen, von dessen Gutachten der Kl. das Geschäft ausdrücklich abhängig machen wollte, wissentlich in einen Irrtum versetzt und daß er diesen ausgenützt habe, sei die arglistige Täuschung zu sehen.

Dabei kam es, wie das Gericht weiter feststellt, auf eine genaue Feststellung des Wertes des Bildes nicht an. Für den Tatbestand der arglistigen Täuschung genügte es, daß der objektive Wert des Bildes im Zustand bei Kaufabschluß erheblich höher als 1500 Mk. war. Somit war die Anfechtung des Kaufes nach § 123 als zulässig zu erachten.

Man muß, obschon in der Entscheidung nichts davon enthalten ist, annehmen, daß der Verkäufer kein Antiquitätenhändler war. Jedoch ist es auch durchaus möglich, daß ähnlich gelagerte Fälle im Antiquitätengeschäft vorkommen. Beschäftigen sich doch die Althändler auch regelmäßig mit dem Ankauf von alten Kunstgegenständen. Bei solcher Sachlage den Verkäufer, der gerade in dieser Hinsicht vielleicht über keine

großen Kenntnisse verfügt, durch einen betrügerischen sachverständigen Händler hereinlegen zu lassen, würde nicht dem Gesetz entsprechen. Folglich ist auch hier an der Möglichkeit der Anfechtung nach § 123 wegen arglistiger Täuschung nicht zu zweifeln.

Auf welche Weise ein Käufer, besonders wenn er als Liebhaber über nur geringe Sachkunde verfügt, arglistig getäuscht werden kann, geht aus einer Entscheidung des OLG. Hamburg[255]) hervor. Oben[256]) wurde diese schon erwähnt, weil in der Zusendung eines Gemäldeversteigerungskatalogs, in dem unrichtigerweise zahlreiche Ölgemälde als Stücke einer vorzüglich zusammengestellten Privatsammlung bezeichnet wurden, ein Fehlen zugesicherter Eigenschaften zu sehen ist. Häufig können aber in Fällen einer Zusicherung auch die Voraussetzungen des § 123 liegen[257]). Ein solcher Fall liegt nun hier vor.

Eine Reihe von Umständen ließen auf eine arglistig verübte Täuschung schließen: aus der auf dem Deckel des zugesandten Katalogs befindlichen Aufschrift konnte man entnehmen, daß eine bestimmter Sachverständiger die Gemäldesammlung geprüft und begutachtet hatte. Nicht ersehen konnte der unbefangene Käufer aber, daß bei der dazu aufgewendeten Zeit, die im Verhältnis zu der großen Anzahl der Bilder (400 Stück!) viel zu kurz war, von einer gründlichen Begutachtung nicht die Rede sein konnte. Vielmehr ließ die Aufschrift gerade das Gegenteil vermuten. Ferner war angegeben, daß der Sachverständige von sehr maßgebender Stelle empfohlen worden sei, was jedoch nicht mit den Tatsachen übereinstimmte. Besonders waren die Angaben über den Erwerb der zum Kauf angebotenen Gemälde zu beanstanden. Der Verkäufer hatte sich im Vorwort des Katalogs auf Grund einer selbst noch eingefügten Änderung als äußerst gewissenhafter Sammler ausgegeben, indem er behauptete, die Stücke seien auf vielen Reisen mit unendlicher Arbeit und Liebe gesammelt worden. In Wahrheit hatte er aber die Bilder hauptsächlich von einem Kunsthändler zu möglichst schneller Weiterveräußerung erworben.

Das OLG. bemerkt dazu sehr richtig, daß die Stellung des Verkäufers als Sammler für nicht besonders sachverständige Kaufliebhaber einer Gemäldesammlung von bestimmender Bedeutung sei, denn wer für die Einreihung in die eigene Sammlung kaufe, erlange im Laufe der Jahre Fachkenntnisse und wähle sorgfältiger als ein nur auf möglichst vorteilhafte Weiterveräußerung sinnender Händler. Zwar hatte der Verkäufer durch die vorhergehende Bemerkung: „Irgendwelche Garantie bezüglich Bezeichnung wird bekanntlich bei Versteigerungen von Gemälden nicht geleistet", die Haftung für die Echtheit abgelehnt. Aber gerade wegen der so bekundeten unsicheren Herkunft war die Zugehörigkeit zu einer gewissenhaft zusammengestellten Privatsammlung ausschlaggebend. Der Verkäufer habe all die bemängelten Angaben nicht gutgläubig, sondern bewußt unwahr in Täuschungsabsicht und in der Hoffnung gemacht, Kaufliebhaber würden sich dadurch zum Kaufe bestim-

[255]) HansGZ. 1918, Beibl. 115.
[256]) s. Seite 18.
[257]) Staudinger, § 459, IV, 14, S. 144.

men lassen. Diese ließen sich im Vertrauen auf die Güte einer ernsthaften Privatsammlung darauf ein, die Bilder käuflich zu erwerben, erhielten aber für die gezahlten Preise statt Originalstücke nur minderwertige Fälschungen. Folglich war den Klägern neben dem Wandlungsrecht infolge falscher Zusicherung auch noch ein Anfechtungsrecht wegen arglistiger Täuschung zuzusprechen.

§ 2. Das Verschweigen wahrer Tatsachen als Täuschung.

Regelmäßig wird die arglistige Täuschung in einem positiven Tun bestehen. Aber auch in einem bewußten Verschweigen kann — und das ist auch für Antiquitätengeschäfte von größter Bedeutung — eine arglistige Täuschung gemäß § 123 gefunden werden. Das arglistige Verschweigen ist eine Unterart der arglistigen Täuschung. Beide Tatbestände treffen sich allerdings niemals notwendig, nie enthält einer notwendig den anderen. Damit ein Verschweigen sich als argl. Täuschung darstellt, ist aber notwendig, daß eine Pflicht zur Aufklärung des Vertragsgegners besteht[258]). Diese ist vor allem dann gegeben, wenn der Verschweigende eine Tatsache nicht mitteilt, von der er wußte, daß sie für den Entschluß des anderen Teils entscheidende Bedeutung hatte und nach Treu und Glauben und den im Verkehr herrschenden Anschauungen Reden statt Schweigen geboten war[259]).

Wie bei dem arglistigen Verschweigen nach § 463 S. 2[260]) muß hier der Einzelfall ergeben, ob eine Mitteilungs- oder Aufklärungspflicht anzunehmen ist oder nicht. Keine Täuschung ist es auch hier, wie bei § 463 S. 2, wenn der Vertragsgegner selbst bei Mitteilung dessen, was ihm verschwiegen wurde, darauf kein Gewicht gelegt hätte[261]). Auch genügt nicht das Verschweigen bloßer Erwartungen und rein persönlicher Ansichten, denn nur objektive Tatsachen können hier von Bedeutung sein[262]).

Wie die Täuschungshandlung selbst, muß aber das arglistige Verschweigen, damit die Anfechtung nach § 123 begründet ist, für den Getäuschten auch wirklich bestimmend gewesen sein, das Geschäft überhaupt oder doch gerade so abzuschließen. Das ist ein Unterschied gegenüber dem arglistigen Verschweigen gemäß § 463 S. 2. Während bei der Gewährleistung eine vollendete Täuschung und ursächlicher Zusammenhang zwischen arglistigem Verschweigen und dem Vertragsschluß nicht vorausgesetzt wird, kann das Recht zur Anfechtung nur bestehen, wenn die arglistige Täuschung geglückt, diese für die Willenserklärung kausal und der Täuschende sich der kausalen Wirkung derselben bewußt gewesen ist[263]).

---

[258]) Planck, § 123, I, 5, S. 300; Soergel, § 123, I, 1, S. 114; Staudinger, § 123, Ziff. 23, S. 618; RG. 77/309.
[259]) Vgl. RGRK. § 123, 2, S. 172.
[260]) Siehe oben Seite 22.
[261]) RG. Recht, 1905, Nr. 950.
[262]) Oertmann, § 123, e, S. 423.
[263]) Vgl. Staudinger, § 123, Ziff. 26, S. 620.

Eine für diese Abhandlung einschlägige, schon oftmals in anderem Zusammenhang genannte Entscheidung des RG.[264]) nimmt auch Stellung zur arglistigen Täuschung durch Verletzung der Aufklärungspflicht. Der Verkäufer hatte zwar hinsichtlich der Echtheit einer Stradivariusgeige sechs Atteste vorgelegt, welche diese als echt bezeichneten, jedoch verschwieg er ein siebtes Gutachten einer hervorragenden Autorität, das sich gegen die Echtheit aussprach. Vom Berufungsgericht war der Standpunkt vertreten worden, daß hierin keine arglistige Täuschung zu sehen sei, denn eine Mitteilungs- oder Aufklärungspflicht habe nur dann bestanden, wenn die Ansicht der betreffenden Autorität von ausschlaggebender Bedeutung für die Echtheit oder Unechtheit gewesen sei. Der Bekl. hätte es dem klagenden Käufer als Sachverständigem überlassen können, sich an Hand der sechs Atteste selbst eine Meinung über die Echtheit zu bilden. Das RG. trat diesen Ausführungen des B.G. jedoch nicht bei und sprach sich mit Recht für Annahme einer arglistigen Täuschung aus. Es sei — so bemerkt das höchste deutsche Gericht, — bei dieser Sachlage, welche die Feststellung der Echtheit rein objektiv nicht ermögliche, Pflicht des Beklagten gewesen, dem Kläger von der Ansicht einer hervorragenden Autorität Mitteilung zu machen. Der Kläger habe vom Beklagten nach Treu und Glauben erwarten dürfen, daß dieser ihm bei dem hohen Preise nicht das abweichende, so bedeutsame Gutachten verschwieg. Außerdem habe sich der Beklagte, ganz abgesehen von seiner eigenen Auffassung, sagen müssen, daß gerade im Hinblick auf die in der Sache selbst liegenden Zweifel die Ansicht einer Autorität für die Hoffnung auf einen vorteilhaften Weiterverkauf und für den zu bewilligenden Preis von allerwesentlichster Bedeutung sein werde. Auch habe der Berufungsrichter keine dahingehende Feststellung getroffen, daß der Kläger die Geige auch dann gekauft hätte und auf einen Preis von 17 000 Mk. auch dann eingegangen wäre, wenn der Beklagte ihm das besagte Gutachten nicht verschwiegen hätte. Folglich könnte der Kläger den Kauf wegen arglistiger Täuschung des Verkäufers nach § 123 anfechten.

Im allgemeinen kann man die Frage, wann eine Offenbarungspflicht gegeben ist, bei § 123 genau so beantworten wie bei § 463 S. 2[265]). Auch bei Untersuchung der Anfechtungsmöglichkeit muß die Betrachtung des einzelnen Falles ergeben, ob eine Pflicht zur Äußerung wahrer Tatsachen besteht oder nicht. Allgemein einen Grundsatz der Offenbarungspflicht aufzustellen, ist auch hier nicht am Platze, da dies schon mit dem von der Rechtsordnung geschaffenen natürlichen Interessengegensatz zwischen Verkäufer und Käufer nicht zu vereinbaren wäre[266]). Wenn Oertmann[267]) meint, daß sich aus der spekulativen Natur der Geschäfte mit alten Kunstgegenständen ein Verschweigungsrecht in bestimmtem Umfange ergebe, so kann diesem in gewisser Hinsicht zugestimmt wer-

---

[264]) RG. Warn. 1916, Nr. 244.
[265]) Siehe oben, S. 24 f.
[266]) Vgl. Staudinger, § 123, Ziff. 23, S. 619; s. auch Müller-Erzbach, S. 36 f.
[267]) Oertmann, § 123 e, S. 423.

den. Wie bei § 463 S. 2[268]), wird auch hier darauf abzustellen sein, ob der Vertragsgegner Kunsthändler, d. h. sachverständiger Käufer oder ein über geringe Sachkunde verfügender Liebhaber ist. Einem „Kollegen" gegenüber wird man dem Verkäufer im Antiquitätengeschäft keine weitgehende Pflicht zur Aufklärung zumuten können. Jedoch wird dies der Fall sein, wenn der Käufer ein Laie ist, der auf die Ehrlichkeit des Althändlers vertraut. Bei solcher Sachlage kann somit viel eher eine Anfechtungsmöglichkeit wegen arglistiger Täuschung durch Verschweigen wahrer Tatsachen gegeben sein als sonst.

Überhaupt ist es wegen der unsicheren Bestimmbarkeit der Herkunft nicht immer leicht, bei Geschäften mit Antiquitäten eine arglistige Täuschung anzunehmen. Das zeigt schon die unterschiedliche Behandlung des Stradivariusfalles. Es wird durchaus nicht selten an der Möglichkeit einer Anfechtung nach § 123 ermangeln, wie auch die Bemerkung „Anfechtung nach § 123 ist natürlich denkbar", von Werner[269]) zur bekannten Entscheidung über den Kauf der Bilder von Ostade und Teniers zeigt. Eine negative Feststellung in dieser Richtung macht das OLG. Stuttgart[270]) in der Entscheidung über den Verkauf einer vermeintlich echten Sèvres-Vase. Auch eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung, so heißt es da, sei nach den Umständen insbesondere mit Rücksicht darauf ausgeschlossen, daß der Kaufpreis weit mehr dem sachgemäßen Preis einer Imitation als dem eines echten Stückes gleichkomme. Wenn hier aus dem geringen Preis die Ablehnung der Anwendbarkeit des § 123 geschlossen wird, so liegt es nahe, bei unzweifelhaft hohem Preis eine arglistige Täuschung anzunehmen. Die Prüfung der Gutgläubigkeit des Verkäufers, wie sie das RG. in den bereits erwähnten Entscheidungen vornimmt[271]), wird hier vielfach zum Ziele führen.

Die gemäß § 123 innerhalb eines Jahres nach Entdeckung der Täuschung (§ 124) erfolgte Anfechtung bewirkt nach § 142 die Nichtigkeit des ganzen Geschäfts. Daher kann der Getäuschte die vollzogene Leistung nach § 812 herausverlangen. Und zwar die ganze Leistung, nicht unter Abzug derjenigen des Betrügers. Denn hier kann er es dem Gegner überlassen, seinerseits die ihm aus den Gegenleistungen zustehenden Bereicherungsrechte geltend zu machen[272]). Läßt er den Kauf unangefochten, so kann er, falls die Voraussetzungen der Gewährleistung gegeben sind, nach § 463 S. 2 vorgehen, und das Erfüllungsinteresse verlangen, was, wie noch zu erwähnen sein wird, bei Berufung auf § 123 nicht möglich ist.

§ 3. Das Verhältnis zwischen dem § 123 und anderen Rechtsbehelfen.

Ist nun der arglistig Getäuschte geschädigt, so fragt es sich, wie er seinen Schaden liquidieren kann. Im § 123 ist nichts über einen Scha-

[268]) Siehe oben, S. 25.
[269]) JW. 1927, S. 668, Anm. 12.
[270]) DJZ. 1904, S. 512, s. oben S. 20.
[271]) RG. 97/351; Gruch. 66/452 u.a.
[272]) RG. SeuffArch. 88 84, S. 171; JW. 1936, S. 1950; vgl. auch RGRK. § 812, Vorbem. 5 d, S. 546.

densersatzanspruch enthalten. Es kann nur aus § 122 Abs. 2 entnommen werden, daß der Getäuschte dem Betrüger, nicht das negative Interesse i.S. vom Abs. 1 zu ersetzen braucht. Somit kann der durch die Täuschung Geschädigte einen Ersatzanspruch allein aus den Vorschriften über unerlaubte Handlungen herleiten. Und zwar wird er sich regelmäßig auf die §§ 823 Abs. 2 und 826 stützen können. Nicht darf etwa an § 823 Abs. 1, der den vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich Verletzenden zum Schadensersatz verpflichtet, gedacht werden. Das Vermögen in seiner Gesamtheit wird nämlich dadurch nicht geschützt und man könnte bei arglistiger Täuschung höchstens an eine Verletzung der Freiheit in der Willensentschließung denken[273]). Jedoch wird man unter Freiheit i.S. des § 823 Abs. 1 nur die freie Verfügung über die eigene Person zu verstehen haben; Eingriffe in die Entschließungsfreiheit gehören nicht hierher[274]). Folglich bleibt neben § 826 nur noch der § 823 Abs. 2, der von einer Verletzung eines Schutzgesetzes spricht, für die Haftungsbegründung übrig. Letztgenannte Vorschrift wird in den meisten Fällen bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 123 auch anwendbar sein, denn § 263 StGB., der ein solches Schutzgesetz darstellt, wird regelmäßig als erfüllt angesehen werden können[275]).

Nach den genannten Bestimmungen kann gemäß § 249 die Herstellung des Zustandes gefordert werden, der ohne den Vertragsabschluß bestanden hätte. Somit steht den Getäuschten nur ein Anspruch auf Ersatz des negativen und nicht des positiven Interesses zu. Und hierin liegt eben der Unterschied zu § 463 S. 2, der das Erfüllungsinteresse gewährt.

Das ist auch der Grund, warum bei Erörterung der Gewährleistung Ansprüche aus den §§ 823 ff. nicht erwähnt wurden. Jedoch, und das soll hier nicht unerwähnt bleiben, darf man nicht der Meinung sein, daß durch die Gewährleistungsvorschriften den genannten Bestimmungen ausgeschlossen würden, denn nach herrschender Meinung[276]), welche auch zu billigen ist, können beide Anspruchsarten nebeneinander bestehen und auch unabhängig voneinander gerichtlich geltend gemacht werden.

Über das Verhältnis zwischen den Deliktsansprüchen und der Anfechtung nach § 123 ist zu sagen, daß beide Rechtsbehelfe vollkommen selbständig nebeneinanderstehen[277]). Wie Lent[278]) ausführt, be-

---

[273]) So Planck, § 823, II, d, S. 971; Dernburg, § 390, II, S. 722; Crome, § 325, I, 4, S. 1018.

[274]) Enn.-Lehm., § 228, I, 2, d, S. 772; RGRK., § 823, 7, S. 614; Warneyer, § 823, III, S. 1305.

[275]) RGRK. § 823, 14, S. 622; Warneyer, § 823, S. 1307; Enn.-Lehm. § 229, I, 1a, S. 776.

[276]) Enn.-Lehm., § 112, II, S. 380; Planck, § 823, Vorb. 5 b, S. 1706; RGRK. § 459, 7 B f.; Kreß, § 26, S. 29; Lent, S. 72, 284 ff.

[277]) Staudinger, § 123, Ziff. 44; S. 625; Enn.-Nipp., § 164, I, S. 539; Planck, § 123, I, 1; Dür.-Hach., IV, Anm. 164.

[278]) Lent, S. 366.

steht keine Anspruchskonkurrenz, denn das Anfechtungsrecht ist kein Anspruch, wohl aber eine Konkurrenz von Rechten. Welches Rechtsbehelfes sich der betrogene Käufer bedienen will, steht in seiner Wahl: er kann anfechten und er kann die Deliktsklage erheben. Nicht zum Ziele führen kann hier die Erwägung, daß die Anfechtungsvorschriften als Sondervorschriften deliktische Schadensersatzansprüche ausschlössen, sodaß nach wirksam erfolgter Anfechtung für die letzteren kein Raum mehr sei. Sagen doch schon die Motive zum BGB[279]), daß hierfür keinerlei Grundlage gegeben sei.

Wie aus dem vorher Gesagten schon entnommen werden kann, ist zur Geltendmachung des Deliktsanspruchs keineswegs eine Anfechtung nach § 123 erforderlich. Auch ohne eine solche kann der Getäuschte nach § 249 die Herstellung des früheren Zustandes durch Rückgängigmachung des Vertrages und Ersatz des ihm infolge des Vertragsabschlusses entstandenen Schadens unter Rückgewähr des seinerseits bereits Erhaltenen fordern. Dies kann dann von Bedeutung sein, wenn der Betrogene vom Vertrag loskommen will und er aus irgend einem Grunde keine Möglichkeit mehr hat, dies auf dem Wege der Anfechtung zu erreichen[280]). Früher war das RG.[281]) allerdings der Ansicht, daß, da § 124 eine Spezialvorschrift darstelle, eine Rückgängigmachung des Vertrags im Wege der Deliktsklage nach Ablauf der in diesem Paragraphen bestimmten Jahresfrist nicht mehr zulässig sei. Diese Ansicht ist jedoch nicht mehr aufrecht zu erhalten; denn bereits die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs heben ausdrücklich hervor, daß die für die Täuschungsanfechtung festgesetzte Ausschlußfrist von einem Jahr hauptsächlich ihren Grund in der weitgreifenden in rem gehenden Wirkung der Anfechtung hat. Der Anspruch aus unerlaubter Handlung dagegen ist obligatorischer Natur und gewährt dem Ersatzberechtigten nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Rückgängigmachung der Vertragswirkungen. Daher ist erklärlich, daß das Gesetz im § 852 für einen solchen, weniger weitgreifenden Anspruch eine längere dreijährige Verjährungsfrist geschaffen hat[283]). Dies ist auch vom RG. beachtet worden und in späteren Entscheidungen hat es anerkannt, daß, auch wenn keine Anfechtungsmöglichkeit mehr besteht, mit der auf das negative Interesse gerichteten Deliktsklage bei arglistiger Täuschung eine Rückgängigmachung des Vertrags erreicht werden kann[284]).

Hier sei auch das Verhältnis zwischen Irrtums- und Täuschungsanfechtung gestreift. Nach richtiger, in der Literatur herrschender Ansicht[285]) ist nämlich häufig neben der Anfechtung nach § 123 auch noch

[279]) Mot. I. S. 208; II. S. 756.

[280]) Enn.-Nipp., § 164, I, S. 540; Staub, § 377, Anm. 177d.

[281]) RG. 63/268.

[282]) Mot. II, S. 756/57.

[283]) Vgl. Staudinger, § 123, Ziff. 45, S. 625; Enn.-Nipp., § 164, Anm. 2, S. 540; Walter, S. 20.

[284]) RG. 79/197; 84/133; 103/159; 130/215; Warn. 1918, Nr. 181; JW. 1918, S. 875.

[285]) Staudinger, § 123, Ziff. 28, S. 621; v. Tuhr, II, 1, S. 215/16; Planck, § 119, VI, 1, S. 290; Warneyer, § 123, VI.

die Anfechtung wegen Irrtums gegeben, d.h., in einer großen Zahl von Fällen ist der Tatbestand derart, daß die Anfechtung sowohl auf arglistige Täuschung als auch auf § 119 gestützt werden kann. Das Anwendungsgebiet des § 123 ist einerseits weiter als das des § 119, denn auch der bloße Motivirrtum kann hier erheblich sein. Andererseits ist der Anwendungsbereich des § 123 auch wieder enger als der des § 119, da der Grund des Irrtums in den Fällen dieses Paragraphen nicht Täuschung zu sein braucht[286]). In der Regel wird bei Vorliegen der beiderseitigen Voraussetzungen in der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung auch eine Anfechtung wegen Irrtums zu finden sein, da die Behauptung der Täuschung zugleich eine Behauptung des Irrtums enthält und der Wille, daß das Geschäft nicht gelten solle, zum Ausdruck gebracht ist[287]). Folglich kann der Anfechtende, sofern die Erklärung unverzüglich im Sinne von § 121 abgegeben ist, die Behauptung der Täuschung fallen lassen und sich auf die Behauptung des Irrtums beschränken. Bemerkenswert ist hierbei noch, daß die Anfechtung nach § 123 für den Getäuschten günstiger ist als die gemäß § 119. Denn weder muß die Täuschungsanfechtung unverzüglich (§ 121) erfolgen, sondern erst binnen Jahresfrist nach Entdeckung der Täuschung, noch hat sie wie die Irrtumsanfechtung für den Anfechtenden die Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens (§ 122) zur Folge. Auch spielt bei § 123 die Erheblichkeit keine Rolle. Es kommt hier nicht darauf an, ob der Anfechtende bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles die Willenserklärung abgegeben haben würde oder nicht.

Am bedeutsamsten für die Abhandlung ist sicherlich die Frage, wie sich die Täuschungsanfechtung zu den Ansprüchen aus Gewährleistung verhält. Vielleicht erwartet man nach den umfangreichen Erörterungen über die Konkurrenzfrage beim Eigenschaftsirrtum im vorhergehenden Abschnitt auch hier wieder mehrere unterschiedliche Ansichten über das Verhältnis zwischen § 123 und den §§ 459 ff. Dem ist aber nicht so. Nicht nur die h. L.[288]) erachtet nämlich die Anfechtung nach § 123 mit den Gewährleistungsansprüchen sehr wohl als vereinbar, sondern auch das RG.[289]) bejaht hier die Konkurrenzmöglichkeit, falls es sich, was bei Geschäften mit Antiquitäten ja regelmäßig der Fall ist, um einen Spezieskauf handelt. Somit stehen dem Käufer eines alten Kunstgegenstandes, wenn der Veräußerer sich ihm gegenüber arglistig verhält, nicht nur die Gewährleistungsvorschriften zur Seite, sondern er kann sich auch auf § 123 berufen.

Nur eine geringe Anzahl von Schriftstellern[290]) leugnet die Möglich-

[286]) Staudinger, a.a.O.

[287]) RG. 57/362; Warn. 1908, Nr. 278; 1915, Nr. 197; 1917 Nr. 236; s. auch Enn.-Nipp., § 158, Anm. 1, S. 527.

[288]) Enn.-Lehm., § 112, II, S. 380; Planck, § 123, VIII, 2, S. 309; Staudinger, § 123, Ziff. 29, S. 621; Oertmann, § 123, 4a, S. 427; Leonhard, II, § 38, S. 84; RGRK. § 119, 7; Warneyer, § 123, VI; Dernburg, II, 2, § 185, Anm. 13; Hedemann, § 37, V, ca 1; Achilles-Greiff, § 459, 1c; Heck, § 89 Nr. 8; Starck, LZ. 1918, S. 217; Backhausen, S. 71/72.

[289]) RG. 96/157; Recht 1913, Nr. 1093; 1922, Nr. 1661; JW. 1913, S. 88.

[290]) So v. Gierke, III. § 194, II, 3, S. 480; Siber, § 51, 3, d, S. 238; v. Blume, Recht, 1907, S. 354.

keit des Nebeneinanderbestehens von Gewährleistung und Täuschungsanfechtung mit der Begründung, daß die Gewährleistungsvorschriften Sondervorschriften gegenüber dem § 123 seien. Dies ist hier jedoch schon deshalb nicht als richtig anzuerkennen, da es doch nicht Wille des Gesetzes sein kann, den Getäuschten durch Sondervorschriften einzuschränken, und den arglistigen, somit sich in gröblichster Weise illoyal verhaltenden Verkäufer zu schützen. Vielmehr liegt es im Interesse der Verkehrssicherheit, dem betrogenen Verkäufer jeden zulässigen Rechtsbehelf zu eröffnen. Diesem Gedanken kann eben nur dadurch Rechnung getragen werden, daß man dem Käufer die Möglichkeit einräumt, beide Rechtsbehelfe wahlweise geltend zu machen.

Dabei darf aber folgendes nicht übersehen werden. Ist nämlich die Anfechtung bereits erfolgt, so ist die Erhebung von Mängelansprüchen ausgeschlossen, weil dann kein Vertrag mehr vorliegt, auf den sie gestützt werden könnten. Umgekehrt gibt, wer die Mängelhaftung in Anspruch nimmt, zu erkennen, daß er den Vertrag als bestehend anerkennt, denn sonst könnte er ja keine Rechte daraus ableiten. Folglich würde er sich unzulässigerweise mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch setzen, wenn er den Vertrag trotzdem noch anfechten, mithin als nicht bestehend erklären wollte[291]).

4. Abschnitt: Dem § 138 widersprechendes Verhalten des Antiquitätenhändlers.

Während, wie aus den obigen Ausführungen hervorgeht, bei Eigenschaftsirrtum und bei arglistiger Täuschung die Vernichtung des Geschäfts eine Anfechtung erfordert, ist bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 138 ohne weiteres Nichtigkeit gegeben. Dies ist auch insofern verständlich, weil ein wucherisches und damit sittenwidriges Verhalten als schärfster Verstoß gegen die Loyalitätspflicht im rechtsgeschäftlichen Verkehr anzusehen ist.

Aus dem stärkeren Grade der Wirksamkeit des § 138 ergibt sich, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen dieses Paragraphen nicht nur keine Gewährleistung, welche ja einen gültigen Vertrag voraussetzt, in Betracht kommt, sondern auch für eine Anfechtung nach § 123, die manchmal gleichfalls in Frage kommen könnte, oder nach § 119 Abs. 2 kein Raum ist[292]).

Ein Wuchergeschäft kommt bei Geschäften mit alten Kunstgegenständen durchaus nicht selten vor. Auch in den für diese Abhandlung bedeutsamen Entscheidungen der höheren Gerichte kann man den § 138 erwähnt finden. So beruft sich in der bekannten RGE. über ein altes wertvolles Altargemälde[293]), das der Käufer — nicht nur der Verkäufer,

[291]) Vgl. Riezler, Venire c. f. p., S. 148 ff.; Starck, LZ. 1918, S. 247 ff.
[292]) Riezler b. Staudinger, § 123, Ziff. 15, S. 616; v. Tuhr, II, 1, S. 299; Planck, § 123, V, b, S. 307; a.A.: z.B. Enn.-Nipp., § 190, III, 7, S. 623.
[293]) RG. in LZ. 1930, S. 515.

sondern auch der Käufer kann im übrigen ja Wucherer sein[294]), — arglistig um einen Spottpreis erstanden hatte, der Kläger gleichfalls auf Nichtigkeit des Vertrages nach § 138 BGB., ohne daß allerdings das Gericht dazu Stellung nimmt. Ferner findet sich in den Ausführungen des OLG. München[295]) das bekanntlich für alte Kunstgegenstände allgemein keine Gewährleistung anerkennen will, ein Hinweis auf den hier zu betrachtenden Paragraphen.

Damit das Verhalten einer Vertragspartei als wucherisch i. S. des § 138 Abs. 2 bezeichnet werden kann, muß zunächst als objektives Tatbestandserfordernis ein auffälliges Mißverständnis zwischen Leistung und Gegenleistung gegeben sein. Hierbei ist als Maßstab für das Wertverhältnis der beiden Leistungen der objektive Wert zugrundezulegen. Dieser ist bei Antiquitäten der Verkaufswert[296]).

Wird im Einzelfall ein Abweichen von dem angemessenen Wertverhältnis, wofür als maßgeblicher Zeitpunkt derjenige des Vertragsschlusses zu gelten hat[297]), ermittelt, so muß weiterhin noch eine Prüfung dahin ergehen, ob das Mißverständnis auch ein auffälliges ist, und dies ist, wie Roquette[298]) richtig bemerkt, erst dann der Fall, „wenn keinerlei außerhalb des rechtsgeschäftlichen Tatbestands liegenden Momente die Abweichung vom objektiven Gleichwertigkeitsverhältnis rechtfertigen, wenn alle sonstigen Umstände vielmehr darauf hindeuten, daß die Verletzung der Äquivalenz zu dem Zweck der Ausbeutung des Vertragsgegners gewollt ist". Somit greift hier schon der subjektive Tatbestand des Wuchers, der unten noch näher betrachtet werden wird, in den objektiven hinein.

Außer dem auffälligen Mißverhältnis zwischen den beiderseitigen Leistungen erfordert der Wucher als objektive Voraussetzungen[299]) Notlage, Leichtsinn oder Unerfahrenheit auf Seiten des Vertragsgegners. Doch kann es auch sein, daß ein Dritter sich in Notlage befand, leichtsinnig oder unerfahren war, z.B. ein wucherisches Geschäft mit der Mutter bei Notlage des Sohnes[300]).

Wenn auch Notlage, unter der man wohl nicht, wie das RG. meint[301]), nur eine dringende Not, die die wirtschaftliche Existenz gefährdet, sondern jede irgendwie geartete persönliche Bedrängnis zu verstehen hat[302]), für Antiquitätengeschäfte kaum in Erwägung zu ziehen ist, so wird doch Leichtsinn oder besonders Unerfahrenheit in den meisten Fällen, bei denen die Anwendbarkeit des § 138, Abs. 2 in Frage kommt, vorliegen.

---

294) Enn.-Nipp., a.a.O., S. 587, Anm. 5a.
295) SeuffArch. 65/183.
296) Planck, § 138, III, 1a, S. 368.
297) Vgl. RG. 86/296; LZ. 1924, S. 739.
298) Roquette, S. 15.
299) a.A.: Dernburg, I, § 127, IV, der subjektive Tatbestandsmerkmale annimmt.
300) Enn.-Nipperdey, a.a.O.
301) RG. JW. 1905, S. 75; 1911, S. 576; auch RGRK. § 138, 2, S. 225.
302) Lehmann, Allg. Teil, § 29, IV. d, S. 193; Oertmann, § 138 C, 3 b, S.500; Enn.-Nipp., § 179, II, 1, S. 587; Warneyer, § 138, V.

Unter Leichtsinn ist Mangel an Überlegung und Sorglosigkeit in Bezug auf die Folgen seiner Handlungen, deren man sich bewußt ist, zu verstehen[303]). Schon das Motiv einer Handlung kann leichtsinnig sein[304]). Auch kann im Einzelfall der Umstand, daß jemand sich auf einen ihn außerordentlich belastenden Vertrag ohne weiteres Besinnen einläßt, auf seinen Leichtsinn Schlüsse zulassen[305]). So wäre es beispielsweise denkbar, daß ein in bescheidenen Verhältnissen lebender Mensch in einer „leichten Stunde" einen kostspieligen antiken Gegenstand erwirbt, ohne daß er sich darüber Gedanken macht. Es muß aber gerade bei dem betreffenden Rechtsgeschäft, also hier bei dem Antiquitätenkauf, der Leichtsinn zutage getreten sein. Nicht genügend ist der Hinweis auf das sonstige leichtsinnige Handeln des Vertragsschließenden, wenn er im besonderen Falle überlegt gehandelt hat[306]).

Die Unerfahrenheit als Tatbestandsmerkmal des Wuchers nach § 138 wird wohl beim Antiquitätengeschäft am häufigsten festzustellen sein. Geschäftliche Unkenntnis, Mangel an Lebenserfahrung in geschäftlichen Dingen eines bestimmten Gebiets oder im allgemeinen wird in der Regel wohl bei Jugendlichen am meisten vorkommen. Jedoch ist dies nicht immer der Fall. Und gerade die Geschäftskenntnis auf dem Gebiete des Kunsthandels ist es, die dem Verkäufer in dem schon genannten Fall[307]) anhaftet, denn sonst hätte er ein so wertvolles Altargemälde nicht zu einem solchen, dem wirklichen Wert durchaus nicht entsprechenden Preise veräußert.

Allerdings zeigt das Wort „Ausbeutung" im § 138 Abs. 2, daß zu alledem noch eine innere Einstellung des Wucherers gegeben sein muß, um den Einwand des Wuchers zu rechtfertigen. Dieser muß nämlich den Willen haben, die Schwäche seines Vertragsgegners, die sich in Unerfahrenheit, Leichtsinn oder Notlage offenbart, zu benutzen, um sich übermäßige Vermögensvorteile zu verschaffen. Es ist Vorsatz auf Seiten des Wucherers erforderlich. Dieser muß wissen, daß der Vertragsgegner unerfahren ist, daß er leichtsinnig handelt oder daß er sich in Notlage befindet[308]), sowie daß Leistung und Gegenleistung zueinander nicht in angemessenem Wertverhältnis stehen.

Als subjektives Tatbestandsmerkmal ist aber nicht erforderlich die Absicht der Ausbeutung[309]). Ebensowenig bedarf es eines Nachweises der Arglist[310]). Keinesfalls rechtfertigt allein die Erwartung eines ungewöhnlich hohen Gewinnes und die Erzielung eines solchen die Annahme der Ausbeutung, denn es ist nicht gesetzeswidrig, eine günstige Gelegenheit zum Geschäftsabschluß auszunützen[311]).

---

303) RG. JW. 1905, S. 366; Warn. 1909, S. 204.
304) RG. in SeuffArch., 64, Nr. 2.
305) RG. 103/35.
306) RGRK., § 138, 2, S. 226.
307) RG. LZ. 1930, S. 515 ff., s. S. 47 f.
308) RG. Gruch. 46, S. 897.
309) RG. 60/9; 86/300; auch RG. 128/258.
310) RG. JW. 1905, S. 366.
311) Vgl. RG. SeuffArch. 64/88.

Man wird überhaupt sagen können, daß bei Geschäften zwischen Antiquitätenhändlern ein wucherisches Verhalten einer Vertragspartei wohl kaum angenommen werden kann. Einem Händler wird man so gut wie niemals Unerfahrenheit oder Leichtsinn nachsagen können, sodaß es möglich wäre, von einer Ausbeutung durch einen anderen zu sprechen. Verständlich wird damit die schon angedeutete Bemerkung des Münchner OLG.[312]), daß es kein Verstoß gegen § 138 sei, wenn ein Händler bei einem anderen Händler einen alten Kunstgegenstand kauft und sich nachträglich herausstellt, daß Leistung und Gegenleistung nicht in angemessenem Verhältnis zu einander stehen. Folglich kann ohne weiteres gesagt werden, daß wucherische Geschäfte fast ausschließlich dann vorkommen, wenn ein über altertümliche Gegenstände keine genaue Kenntnis besitzender Kunstliebhaber eine Antiquität kauft und der Verkäufer in gesetzwidriger Weise dies zu seinem Vorteil ausnützt.

Die Rechtsfolge des wucherischen Verhaltens einer Partei ist nicht nur die Nichtigkeit des kausalen Verpflichtungsgeschäfts, sondern nach der Rechtsprechung des RG.[313]) und der h. L.[314]) ist auch das abstrakte dingliche Vollzugsgeschäft als nichtig anzusehen, was aus den Worten „sich gewähren läßt" in § 138 Abs. 2 klar zu entnehmen ist. Daraus ergibt sich, daß beim wucherischen Geschäft der vorhanden gewesene Rechtszustand keine Änderung erfahren hat. Das bisherige Eigentum bleibt bestehen. Der Bewucherte kann somit in erster Linie den Herausgabeanspruch gegen den besitzenden Nichteigentümer nach § 985 geltend machen[315]). Dem Wucherer hingegen ist ein Rückforderungsanspruch zu versagen. Wohl erwirbt der Bewucherte — das obligatorische Geschäft ist ja nichtig — ohne rechtlichen Grund, denn nach h. L. ist die dingliche Zuwendung des Wucherers gültig[316]), jedoch kann er dem Bereicherungsanspruch des Wucherers den § 817 S. 2, der für alle Bereicherungsansprüche gilt, entgegensetzen[317]).

Hat der Bewucherte einen Schaden erlitten, so kann er in den Fällen, in denen der Wucher strafrechtlich verboten ist, nach § 823 Abs. 2, da der Wucherer gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz (bes. § 302e StGB.) verstoßen hat, Ersatz desselben verlangen. Ist im Einzelfall ein gewohnheitsmäßiges oder gewerbsmäßiges Handeln auf Seiten des Wucherers nicht gegeben, so führt § 826 zum Ziel, denn

---

[312]) SeuffArch. 65/183.

[313]) RG. 57/95; 75/76; 93/75; 109/202; 111/246.

[314]) Staudinger, § 138, Ziff. 37; S. 719; Planck, § 138, 4c; S. 369; Jacoby, JheringsJ. 60, S. 229; Roquette, S. 29; Staub, § 346, Anm. 5, S. 30 u.a.; abw.: v. Tuhr, II, 2, S. 46; Oertmann, § 138 C, 4 B, S. 503, welche nur die Möglichkeit, daß eine Einwirkung der wucherischen Kausa stattfinden kann, zugestehen.

[315]) RG. 72/63; 75/76; Enn.-Nipp., § 179, III, 1, S. 588; RGRK. § 138, 2, S. 227; Roquette, S. 34.

[316]) a.A.: Nipperdey, bei Enn., a.a.O.

[317]) RG. 63/346; 70/4; 85/29; 104/50; 105/29; LZ. 1922, S. 461 u. d. h. L., vgl. Oertmann, § 817, 6a, S. 1351; Neubecker, DJZ. 1902, S. 568; Siber, S. 441; v. Gierke, § 218, VII, S. 1020; Enn.-Nipp., § 179, III, 1, Anm. 9, S. 588 u.a.; anders: Riezler, Venire c. f. p., S. 178 ff.; dagegen z.B. v. Tuhr, II, 2, S. 47; Planck, § 138, III, S. 370.

der Wucherer fügt in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise vorsätzlich Schaden zu[318]).

Denkbar ist es aber auch, daß z.B. eine Antiquität zu einem übermäßig hohen Kaufpreis veräußert wird, ohne daß der Verkäufer etwa den Leichtsinn oder die Unerfahrenheit des Vertragsgegners ausgenützt hat. Hier fehlen die Begriffsmerkmale des Wuchergeschäfts, das, wie der Wortlaut des Gesetzes („insbesondere") besagt, nur als eine Gruppe unsittlicher Geschäfte gilt, und § 138 Abs. 2 ist damit unanwendbar. Kann man hierin allein vielleicht schon einen Verstoß gegen die guten Sitten gemäß § 138 Abs. 1 sehen? Nipperdey[319]) bejaht dies, indem er anführt, daß ein Vertrag, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem nach der allgemeinen Anschauung billig und gerecht denkender Menschen auffälligem Mißverhältnis stehen, auch dann sittenwidrig und deshalb nach § 138 Abs. 1 nichtig sei, wenn eine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit nicht vorliege.

Mit Recht sagt aber die reichsgerichtliche Rechtsprechung[320]), daß das Vorhandensein eines groben Mißverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung allein noch nicht zur Anwendbarkeit von Abs. 1 des § 138 ausreicht, es müsse vielmehr noch ein außerhalb des § 138 Abs. 2 liegender Umstand dazukommen. Erst kürzlich wurde vom RG.[321]) diese Ansicht bekräftigt und zugleich wurden vom höchsten deutschen Gericht einige neue Gedanken hierzu vorgebracht. Und zwar erachtet der Große Ziv.-Senat des RG., welcher nach § 137 GVG. über die Frage des fünften Ziv.-Senats, ob an der bisherigen Rechtsprechung zu § 138 festgehalten werden solle, zu entscheiden hatte, „ein Rechtsgeschäft, bei dem Leistung und Gegenleistung in auffälligem Mißverhältnis zu einander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers aber nicht vorliegen, dann nach § 138 Abs. 1 für nichtig, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt". Unter Umständen könne aus dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung geschlossen werden. Wenn sich der eine Teil böswillig oder grobfahrlässig der Erkenntnis verschließt, daß sich der andere aus einer mißlichen Lage heraus auf die schweren Bedingungen einläßt, so könne dies in Verbindung mit dem Mißverhältnis das Rechtsgeschäft nichtig machen.

Dies entspricht auch der heutigen Auffassung des Staats- und Wirtschaftslebens, welche sich besonders scharf gegen einen dem Ganzen nachteiligen Eigennutz des einzelnen Volksgenossen wendet und die Bekämpfung einer derartigen Gesinnung mit allen zu Gebote stehenden Mitteln fordert. Wollte man sich nur auf eine Prüfung des objektiven Inhalts des Vertrags beschränken, also nur das Mißverhältnis zwischen

[318]) Vgl. Enn.-Nipp., § 179, III, 2, S. 589; Lehmann, Allg. Teil, § 29, IV, 4, S. 195; Staudinger, § 138, Ziff. 37, S. 719; Hedler, S. 127 ff.

[319]) Bei Enn. § 179, IV, S. 589; auch Kipp, DJZ. 1916, S. 466 ff.; Behrend, JurRdsch. 1931, S. 76.

[320]) RG. 83/112; 90/400; 93/29; JW. 1935, S. 279; ebenso Oertmann, § 138, C, 2c, S. 499; Staudinger, § 138, Ziff. 42, S. 721.

[321]) RG. 150, S. 1 ff.

den beiden Leistungen in Betracht ziehen, die Sinnesart der Beteiligten, insbesondere des die Vorteile erstrebenden Teils aber nicht berücksichtigen, so würde das nicht nur dem geltenden Recht des § 138 widersprechen, sondern auch wegen ihrer Unvollständigkeit ungerecht sein und den allgemeinen Begriff des Sittenwidrigen falsch anwenden[322]).

Aus alledem ist ersichtlich, daß das RG. bei der Auslegung und Anwendung des § 138 berücksichtigt, daß der Begriff des Verstoßes gegen die guten Sitten heute seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden die ns. Weltanschauung, erhält. Mit diesem Inhalt erfüllt ist § 138 auch auf Geschäfte mit Antiquitäten anzuwenden. Verstößt ein Vertrag dieser Art nach der nunmehr maßgebenden Anschauung gegen die guten Sitten, so kann ihm kein Rechtsschutz durch ein deutsches Gericht gewährt werden.

Schlußbetrachtung.

Wirft man zum Schluß einen Rückblick auf die Ergebnisse dieser Arbeit, so kann man die Feststellung machen, daß hinsichtlich der Loyalitätspflicht im Antiquitätengeschäft nicht immer die gleichen Grundsätze zu gelten haben. So hat der Verkäufer einer Antiquität stets für deren Fehlerfreiheit — also deren Echtheit — nach § 459 Abs. 1 zu haften, wenn der Käufer ein Liebhaber ist. Nicht aber ist dies der Fall, wenn ein Händler bei einem anderen Händler einen alten Kunstgegenstand ersteht. In dieser Hinsicht wird also den Schriftstellern gefolgt, welche bei fehlender Zusicherung eine Pflicht zur Gewährleistung für Antiquitäten nicht anerkennen wollen. Sicherlich wäre es im Interesse des Verkehrs zu wünschen, wenn das RG., welches ja hierin keinen so schroff ablehnenden Standpunkt einnimmt, sich einmal mit diesem umstrittenen Problem in einer Entscheidung klar und ausführlich befassen würde.

Ferner wurde in dieser Abhandlung der Grundsatz aufgestellt, daß die Aufklärungs- und Offenbarungspflicht, deren Verletzung ein Vorgehen nach § 463 S. 2 und § 123 rechtfertigt, allgemein gegenüber einem nichtsachverständigen Käufer weitgehender als gegenüber einem solchen, der über besondere Fachkenntnisse verfügt, ist. Auch wurde entgegen der Rechtsprechung des RG. die Auffassung vertreten, daß Fahrlässigkeit auf Seiten des Verkäufers eine Haftung desselben aus culpa in contrahendo trotz der speziellen Vorschriften über die Mängelgewähr im BGB. begründen kann. Hier spielt gleichfalls die Person des Käufers für die Annahme einer etwaigen Pflichtverletzung dieser Art möglicherweise eine Rolle. Schließlich konnte hinsichtlich des illoyalen wucherischen Verhaltens im Antiquitätengeschäft gesagt werden, daß dies vornehmlich bei Geschäften mit nicht kunstsachverständigen Laien vorkommen wird.

---

[322]) Vgl. RG. 150/6.

Daraus darf nun nicht der Schluß gezogen werden, daß, wenn ein Antiquitätenhändler bei einem „Kollegen" ein altes Kunstwerk ersteht, letzterer überhaupt keine Pflicht zur Loyalität habe. Wurde doch gezeigt, daß Zusicherungen oder arglistige Vorspiegelungen nicht vorhandener Eigenschaften, ja selbst allgemein auch fahrlässig falsche Angaben in jedem Falle gesetzwidrig sind und auch den kaufenden Antiquitätenhändler berechtigen, die im Gesetz vorgesehenen Rechtsbehelfe für sich in Anspruch zu nehmen.